DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Arbeitsrechtsausschuss, den Genderausschuss, den Handelsrechtsauschuss und den Verwaltungsrechtsausschuss

zum Referentenentwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (Stand: 09.09.2014, 15.03 Uhr)

Stellungnahme Nr.: 52/2014 Berlin, im Oktober 2014

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Lunk, Hamburg (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Regina Steiner, Frankfurt (Berichterstatterin)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Thomas Marx

Mitglieder des Genderausschusses

- Rechtsanwältin und Notarin Mechtild Düsing, Münster (Vorsitzende)
- Rechtsanwältin Silvia C. Groppler, Berlin
- Rechtsanwalt Martin Schafhausen, Frankfurt
- Rechtsanwalt und Notar Herbert Schons, Duisburg
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer (Gast)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rieke Detering, Referentin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Mitglieder des Handelsrechtsausschuss

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Gabriele Apfelbacher, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Happ, Hamburg
- Rechtsanwalt Dr. Peter Hemeling, München
- Rechtsanwalt Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Kremer, Bonn
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Welf Müller, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Pentz, Mannheim
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Arndt Raupach, München
- Rechtsanwalt Dr. Bodo Riegger, Stuttgart
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank A. Schäfer Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Walter Sigle, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Bernd Singhof, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Thomas Marx

Mitglieder des Verwaltungsrechtsausschusses

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Moench, Berlin (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Michael Bender, Freiburg
- Rechtsanwalt Dr. Christian-Dietrich Bracher, Bonn (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Matthias Dombert, Potsdam (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Geiger, München
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Lüttgau, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Angela Rapp, Berlin (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhard Sparwasser, Freiburg

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft Anwältinnen

- Rechtsanwältin Silvia C. Groppler, Berlin (Vorsitzende)
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer, Freiburg (Berichterstatterin)
- Rechtsanwältin Eva Kuhn, Köln
- Rechtsanwältin Ursula Gudernatsch, Köln
- Rechtsanwältin Dr. Eva Leinemann, Berlin
- Rechtsanwältin Gabriele Ostermeier, Münster
- Rechtsanwältin Veronika Bundschuh, Münster
- Rechtsanwältin Edith Kindermann, Bremen

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rieke Detering, Referentin

Verteiler

- Europäische Kommission
  - Generaldirektion Justiz
  - Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Integration
- Europäisches Parlament
  - Recht
  - Rechte der Frau und Gleichstellung der Geschlechter
  - Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
  - Wirtschaft und Währung
  - Binnenmarkt und Verbraucherschutz
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Vertreter der Freien Berufe in Brüssel
- Deutsche Industrie- und Handelskammertag e. V. (DIHK) in Brüssel
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) in Brüssel

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium der Finanzen
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
- Bundesministerium des Innern

- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages

- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag

- Landesministerien für Arbeit und Soziales
- Landesjustizministerien der Länder

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland

- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Landesgruppen und -verbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- Arbeitsrechtsausschuss des DAV
- Handelsrechtsausschuss des DAV
- Genderausschuss des DAV
- Verwaltungsrechtsausschuss des DAV
- Vorsitzender des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
- Deutscher Juristinnenbund
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
- Bundesverband Deutscher Banken
- Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) – Die Aktionärsvereinigung –
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
- Deutscher Gewerkschaftsbund
- Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Bundesverband der Freien Berufe
- Wirtschaftsprüferkammer
- Neue Richtervereinigung (NRV)

- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Süddeutsche Zeitung
- Juve Verlag
- Juris Newsletter
- Die Aktiengesellschaft
- GmbH-Rundschau
- NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- WM Wertpapiermitteilungen

- ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- Börsenzeitung
- Handelsblatt
- Juris
- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- NJW

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 10
Teil 1: Unions- und Verfassungskonformität des Referentenentwurfs 10
A. Bewertung des Referentenentwurfs 10
B. Unionsrecht 11
I. Unionsrechtliche Vorgaben zur Gleichbehandlung wegen des Geschlechts 12
1. Bindungswirkung von EU-Richtlinien für den Gesetzgeber 12
2. Anwendbarkeit der Gleichbehandlungsrahmen-Richtlinie 13
3. Wirksamkeitsvoraussetzungen einer positiven Diskriminierung 15
II. Zwischenergebnis 26
C. Verfassungsrecht 26
I. Art. 3 Abs. 3 GG 27
II. Art. 9 Abs. 1 GG 29
III. Art 12 Abs. 1 GG 30
IV. Art. 14 Abs. 1, 2 GG 31
D. Zusammenfassende Stellungnahme zur Unions- und Verfassungskonformität 32

Teil 2: Stellungnahme zu Artikel 1 und 2 des Referentenentwurfs 32
A. Vorbemerkung zu Artikel 1 und 2 32
B. Kritik im Einzelnen 33
I. Artikel 1 – Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien (Bundesgremienbesetzungsgesetz – BGremBG) 33
§ 2 Geltungsbereich 33
II. Artikel 2 – Gesetz für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in Unternehmen und Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz – BGleiG) 33
. § 1 Ziel des Gesetzes 33
. § 2 Geltungsbereich 34
. § 3 Begriffsbestimmungen 35
. § 6 Arbeitsplatzausschreibung 36
. § 8 Auswahlentscheidungen bei Einstellung, beruflichem Aufstieg, Vergabe 36
. § 9 Qualifikation 37
. § 13 Gleichstellungsplan 38
. § 15 Arbeitszeiten und sonstige Rahmenbedingungen 38
§ 16 Teilzeitbeschäftigung, Telearbeit, mobiles Arbeiten und Beurlaubung zur

. Wahrnehmung von Familien- oder Pflegeaufgaben 38
. § 17 Wechsel zur Vollzeitbeschäftigung, beruflicher Wiedereinstieg 39
. § 18 Verbot von Benachteiligungen 39
. § 19 Wahl, Verordnungsermächtigung 40
. § 26 Beteiligung und Unterstützung der Gleichstellungsbeauftragten 40
. § 27 Rechtsstellung 40
. § 30 Zusammenarbeit und Information 40

Teil 3: Stellungnahme zu Artikel 3 ff. 42
I. Artikel 3 Änderung des Aktiengesetzes (Aktiengesetz – AktG) 42
. Art. 3 Nr. 1: § 76 Abs. 4 AktG-E 42
. Art. 3 Nr. 4: § 96 Abs. 2 AktG-E 45
. Art. 3 Nr. 4: § 96 Abs. 3 AktG-E 49
. Art. 3 Nr. 5: § 104 AktG-E 50
. Art. 3 Nr. 6: § 111 Abs. 5 AktG-E 51
. Art. 3 Nr. 7 und Nr. 8: §§ 124 Abs. 3, 127 AktG-E 52
. Art. 3 Nr. 9: § 250 AktG-E 53
II. Artikel 4 – Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz 53
. Art. 4: § 25 EGAktG-E 53
III. Artikel 5 – Weitere Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz 54
Art. 5 Nr. 1b: § 25 Abs. 2 EGAktG-E 54
IV. Artikel 8 – Änderung des Mitbestimmungsgesetzes (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) 55
. Art. 8 Nr. 4: § 17 Abs. 3 MitbestG-E 55
. Art. 8 Nr. 5: § 18a MitbestG-E 56
. Art. 8 Nr. 8: § 40 Abs. 2 MitbestG-E 59
V. Artikel 10 – Änderung des SE-Beteiligungsgesetzes (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) 59
VI. Artikel 11 – Änderung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung 60
VII. Artikel 12 – Änderung des Handelsgesetzbuches (Handelsgesetzbuch – HGB) 60
. Art. 12 Nr. 1: § 289a HGB-E 60
VIII. Artikel 13 – Weitere Änderung des Handelsgesetzbuchs 61
IX. Artikel 14 – Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch (Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch – EGHGB) 63
X. Artikel 16 – Änderung des SE-Ausführungsgesetzes (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) 63

XI. Artikel 17 – Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG) 63

. Art. 17 Nr. 1: § 36 GmbHG-E 63

. Art. 17 Nr. 2: § 52 Abs. 4 GmbHG-E 64

XII. Artikel 19 – Änderung des Genossenschaftsgesetzes (Genossenschaftsgesetz – GenG) 65

. Art. 19 Nr. 2: § 9 Abs. 3 u. 4 GenG-E 65

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Einleitung

1. Der Deutsche Anwaltverein hat durch seine Ausschüsse Arbeitsrecht, Handelsrecht, Verwaltungsrecht und den Genderausschuss unter Mitwirkung der Arbeitsgemeinschaft Anwältinnen im Deutschen Anwaltverein zum Referentenentwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst Stellung genommen.

2. Der Deutsche Anwaltverein hat durch seinen Vorstand im Februar 2013 beschlossen: „Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins befürwortet die Einführung einer Quotenregelung. Dabei ist insbesondere eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung vorzusehen."

Teil 1: Unions- und Verfassungskonformität des Referentenentwurfs

A. Bewertung des Referentenentwurfs

3. Der Referentenentwurf der Bundesministerien vom 09. September 2014 (Bearbeitungsstand 15:03 Uhr) zum Entwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (Referentenentwurf) enthält eine starre Geschlechterquote für Aufsichtsräte börsennotierter Unternehmen im Bereich von Mitbestimmungsgesetz (MitbestG), Mitbestimmungsergänzungsgesetz (MitbestErgG) und Montanmitbestimmungsgesetz (MontanMitbestG) sowie eine flexible Frauenquote (Zielgrößen) für den Aufsichtsrat, Vorstand/Geschäftsführung und obere Führungsebenen für Unternehmen, in denen eine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat vorgeschrie-

ben ist. Für die Europäische Gesellschaft (SE) und die Sachverhalte einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ist eine Geschlechterquote vorgesehen, die als Soll-Vorgabe beim Abschluss von Beteiligungsvereinbarungen und bei der gesetzlichen Auffanglösung Beachtung finden soll. Diese Quotenregelungen des Referentenentwurfs müssen unions- und verfassungsrechtskonform ausgestaltet sein.

4. Das Ziel, eine Geschlechterquote einzuführen, kann nur erreicht werden, wenn sich die vorgesehenen Regelungen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Unions- und Verfassungsrecht als „gerichtsfest“ erweisen. Insoweit sind, wie nachfolgend ausgeführt wird, Ergänzungen des vorliegenden Entwurfs erforderlich, um dem Risiko eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht zu begegnen.

B. Unionsrecht

5. Die Grundfreiheiten in Gestalt der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 49, 63 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) sind aufgrund der Ausgestaltung des Referentenentwurfs als unterschiedslos geltende Standortbedingungen nicht verletzt. Zu prüfen ist aber, ob die im Referentenentwurf enthaltenen Regelungen zur Frauen- und Geschlechterquote mit dem Verbot einer Diskriminierung wegen des Geschlechts aus Art. 21, 23 Grundrechtecharta (GRC) vereinbar sind, wie es auf der Grundlage von Art. 51 Abs. 1 GRC durch die Mitgliedstaaten bei der Auslegung und Anwendung des sekundären Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen ist. Dies gilt insbesondere bei der Umsetzung von Vorgaben, die durch die verschiedenen Richtlinien zur Gleichbehandlung, insbesondere mit Blick auf die Richtlinie 2006/54/EG vom 05.Juni 2006 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Gleichbehandlungs-Richtlinie – GRL), geschaffen wurden.

6. Ausgangspunkt dabei ist zwar immer, dass das Geschlecht an sich keine Differenzierung rechtfertigt. Alle unionsrechtlichen Vorgaben enthalten dabei aber zugleich die Feststellung, dass der Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern der Beibehaltung oder Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsen-

tierte Geschlecht nicht generell entgegensteht. Dabei sollen die Mitgliedsstaaten in erster Linie darauf hinwirken, die Lage der Frauen im Arbeitsleben zu verbessern (Erwägungsgrund 22 GRL).

7. Hinweis: Sollte der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren / Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen vom 14. November 2012[1], den das Plenum des Europäischen Parlaments am 20. November 2013 angenommen hat, noch vor Umsetzung des Referentenentwurf in Kraft treten, wären dessen Vorgaben ergänzend zu berücksichtigen. Nach den Richtlinien sollen bis 2020 nicht nur 30, sondern 40% aller Aufsichtsratspositionen von Frauen besetzt sein.

I. Unionsrechtliche Vorgaben zur Gleichbehandlung wegen des Geschlechts

1. Bindungswirkung von EU-Richtlinien für den Gesetzgeber

8. Der EuGH hat sich in mehreren Entscheidungen mit der unionsrechtlichen Beurteilung von Frauenquoten befasst.[2] Diese Vorgaben sind auch bei der Festlegung von Geschlechterquoten zu beachten. Als Kriterien zog er insbesondere die gleiche Qualifikation von Bewerbern beider Geschlechter, das Vorhandensein einer Öffnungsklausel und die Anwendung von Auswahlkriterien ohne diskriminierende Wirkung heran. Im Hinblick auf den Referentenentwurf erscheint insbesondere die Öffnungsklausel problematisch.

[1] COM(2012) 614 final.

[2] Vgl. nur EuGH, Urteil vom 17.10.1995, NJW 1995, 3109, Slg. 1995, I-3051, „Kalanke“; EuGH, Urteil vom 11.11.1997, NZA 1997, 1337, Slg. 1997, I-6363 „Marschall“; EuGH, Urteil vom 28.03.2000, EuZW 2000, 474, Slg. 1997 I-1875, „Badeck“; EuGH vom 06.07.2000, NJW 2000, 2653, Slg. 2000, I-5539, „Abrahamsson“.

9. Eine unmittelbare Bindungswirkung von Urteilen des EuGH besteht zwar nicht. Allerdings hat der EuGH in den hier in Rede stehenden Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV über die Auslegung der Verträge und der hier in Rede stehenden Richtlinien entschieden. Seine Feststellungen sind im Rahmen der Bindungswirkung des primären Gemeinschaftsrechts ebenso wie der Verordnungen und Richtlinien zu beachten, sofern diese den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum überlassen haben (Art. 288 AEUV).

10. Vorliegend geht es insoweit vor allem um die Umsetzung der durch die GRL begründeten Vorgaben. Danach ist eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts bei dem Zugang zur Beschäftigung einschließlich des beruflichen Aufstiegs zwar grundsätzlich unzulässig. Allerdings erlaubt Art. 3 GRL, dass die Mitgliedsstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen i. S. d. Art. 141 Abs. 4 AEUV beibehalten oder beschließen. Hierzu gehört es, dass zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beibehalten oder beschlossen werden. Dies entspricht Art. 23 Abs. 2 GRC, der insoweit aber an eine „Unterrepräsentation“ des Geschlechts knüpft, das begünstigt werden soll.

11. Dass der Referentenentwurf in seiner Begründung die grundgesetzliche Legitimation in den Vordergrund stellt (Referentenentwurf S. 47 ff.), steht der Notwendigkeit einer auch unionsrechtlichen Rechtfertigung nicht entgegen. Der Referentenentwurf ist allerdings – ggf. durch Fußnote zur Überschrift des Gesetzes – um das Zitat der unionsrechtlichen Regelungen zu ergänzen, die hiermit zur Umsetzung kommen.

2. Anwendbarkeit der Gleichbehandlungsrahmen-Richtlinie

12. Die GRL gilt für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen (Art. 14 Abs. 1 GRL). Zweifelsohne ist der Rahmen der GRL zu berücksichtigen, soweit Quoten geschaffen werden, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (nachfolgend „Arbeitnehmer“) auf den Führungsebenen unterhalb der Vertretungsorgane betreffen. Bei

den entsprechenden Zielvorgaben nach § 76 Abs. 4 Entwurf des Aktiengesetzes (AktG-E), § 36 Entwurf des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG-E), § 9 Abs. 3 Entwurf des Genossenschaftsgesetz (GenG-E) in Bezug auf die oberen beiden Führungsebenen ist ein unmittelbarer Bezug zum Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit und zum beruflichen Aufstieg gegeben, wie ihn Art. 14 Abs. 1 lit. a) der GRL nennt. Entsprechendes gilt für die Frauenquote nach § 111 Abs. 5 AktG-E, § 9 Abs. 4 GenG-E i.V.m. §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 3 Abs. 2 MontanMitbestG, 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestErgG, 1 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz über die Drittbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelbG), die im Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung zu Unternehmensmitbestimmung durch Beschlussfassung des Aufsichtsrats den Vorstand der AG oder Genossenschaft oder die Geschäftsführung der GmbH betrifft. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei der Tätigkeit von Vorstand oder Geschäftsführer im Einzelfall um selbständige oder unselbständige Formen einer Erwerbstätigkeit handelt; beide Tätigkeiten fallen in den Geltungsbereich der GRL in Bezug auf Zugang zur Beschäftigung und beruflichen Aufstieg.

13. Wie der EuGH in seinem Urteil vom 28. März 2000 mit entsprechenden Feststellungen zur Richtlinie 76/2000/EWG deutlich gemacht hat, ist der Anwendungsbereich der GRL allerdings auch im Hinblick auf den Zugang zu Aufsichtsratsmandaten eröffnet.[3] Denn darin wird man eine der Erscheinungsformen einer selbständigen Erwerbstätigkeit sehen müssen, wie sie jetzt auch Art. 14 Abs. 1 lit. a) GRL nennt.[4] Auch die Geschlechterquote nach §§ 96 Abs. 2, 3 AktG-E, 7 Abs. 3 MitbestG-E, 5 a MontanMitbestG-E, 5 a MontanMitbestErgG-E wird damit vom Geltungsbereich der GRL erfasst.

[3] Vgl. nur: EuGH v. 28.3.2000- Rs. C-158/97, NJW 2000, 1549, 1553, „Badeck“ Rn. 66.

[4] Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

3. Wirksamkeitsvoraussetzungen einer positiven Diskriminierung

14. Die im Referentenentwurf enthaltenen Regelungen zur Geschlechterquote stellen ebenso wie die Regelungen zur Frauenquote eine positive Diskriminierung i. S. d. Art. 3 GRL i.V.m. Art. 141 Abs. 4 AEUV dar.

15. Soweit damit die Pflicht für die Festlegung von Zielgrößen einer Frauenquote in Aufsichtsrat, Vorstand oder Geschäftsführung und den beiden Führungsebenen unterhalb von Vorstand/Geschäftsführung gesetzt wird, folgt dies schon aus dem Umstand, dass nur ein Geschlecht davon erfasst wird.

16. Soweit für den Aufsichtsrat kraft Gesetzes Quoten für beide Geschlechter gesetzt werden, sind beide Geschlechter gleichermaßen begünstigt und benachteiligt. Isoliert betrachtet begründet die Quote aber für jedes Geschlecht jeweils eine spezifische Maßnahme, die zu einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts führt. Dabei kann offen bleiben, ob es sich um Zugang oder Beförderung handelt, weil beide Vorgänge in den Geltungsbereich der GRL fallen.

17. In allen Fällen ist zu prüfen, ob mit dem Referentenentwurf die vom EuGH in Bezug auf die verschiedenen Vorgaben zur Gleichbehandlung entwickelten Kriterien beachtet werden. Nach Art. 3 GRL sind spezifische Maßnahmen, zu denen auch die Begünstigung eines Geschlechts durch eine Quote gehören kann[5], zulässig, wenn sie (1.) der völligen Gleichstellung im Berufsleben dienen und (2.) dabei Benachteiligungen wegen des Geschlechts verhindern oder ausgleichen. Da jede Begünstigung eines Geschlechts jedenfalls mit der Benachteiligung des anderen Geschlechts einhergeht (andere Formen wie Transgender bleiben vorliegend unbeachtet), deren Gleichheit durch Art. 21, 23 GRC geschützt ist, muss die spezifische

[5] Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) Artikel 3, Positive Maßnahmen.

Maßnahme darüber hinaus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, also (3.) geeignet und angemessen sein (Erwägungsgrund 19 GRL).[6]

18. **Das Ziel einer völligen Gleichstellung im Berufsleben**

Es kann unterstellt werden, dass der Referentenentwurf mit der Geschlechterquote für den mitbestimmten Aufsichtsrat und den Zielgrößen für Aufsichtsrat, Vorstand/Geschäftsführung und obere Führungsebenen das Ziel einer völligen Gleichstellung von Männern und Frauen beim Zugang bzw. der Beförderung in Führungspositionen verfolgt (Referentenentwurf S. 1 f., 47 ff.). Völlige Gleichstellung heißt dabei allerdings nicht, dass eine hälftige Besetzung der jeweiligen Funktionen durch jedes Geschlecht erfolgen muss. Dies berücksichtigt der Referentenentwurf. Abweichend von den Vorgaben der Richtlinie 76/207/EWG, wie sie noch der EuGH-Entscheidung in der Sache Kalanke zugrunde lag[7], kann in Form der Quote auch ein Ergebnis der Gleichstellung festgeschrieben werden, nicht nur die bloße Förderung der Chancengleichheit auf dem Wege hierzu. Das folgt bereits aus dem unterschiedlichen Wortlaut der Quotenregelungen. Während Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 76/207/EWG nur „Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen“ zuließ, erlaubt Art. 3 GRL i.V.m. Art. 141 „Maßnahmen im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“.

19. **Verhinderung oder Ausgleich einer Benachteiligung wegen des Geschlechts**

In gleicher Weise kann nachfolgend unterstellt werden, dass der Gesetzentwurf in Übereinstimmung mit Art. 141 Abs. 4 AEUV und Erwägungsgrund 22 GRL von der Annahme getragen ist, dass eine tatsächliche Benachteiligung der Frauen bei der Besetzung von Führungspositionen gegeben ist und auch in Zukunft zu befürchten ist, die durch die Geschlechter- bzw. die Frauenquote beseitigt werden soll (Referentenentwurf S. 1 f., 47 ff.).

---

[6] Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli, s.o., Erwägungsgrund 19.

[7] EuGH Urteil vom 17.10.1995, C-450/93, NJW 1995, 3109 Rz. 21 ff.

20. Problematisch ist aber, dass diese Benachteiligung in Bezug auf Männer weder dargelegt noch sonst erkennbar ist. Auf den ersten Blick fehlt damit in Bezug auf Männer die unionsrechtliche durch Art. 141 Abs. 4 AEUV bestimmte Voraussetzung, dass die Begünstigung eines Geschlechts einem Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn dienen soll.

21. Dieser Mangel könnte dadurch ausgeglichen erscheinen, dass die Geschlechterquote zugunsten der Männer gleichzeitig mit einer entsprechenden Quote zugunsten von Frauen eingeführt wird. Die gleichzeitige Einführung einer Quote für beide Geschlechter soll der Benachteiligung eines der beiden Geschlechter entgegenwirken und eine gleichmäßige Belastung auslösen. Das Argument, dass beide Geschlechter gleichermaßen bevorzugt (und benachteiligt) werden, räumt allerdings den Einwand der Diskriminierung des jeweiligen Mehrheitsgeschlechts zumindest nicht vollständig aus. Es bleibt dabei, dass der jeweils „abgewiesene“ Kandidat trotz Obsiegens bei der Wahl allein wegen seines Geschlechts und ohne jede individuelle Verhältnismäßigkeitskontrolle unberücksichtigt bleibt. Es bestehen erhebliche Zweifel in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit der Regelung, wie nachfolgend näher auszuführen sein wird.

22. **Eignung der Maßnahme**

    Grundsatz: Die Geschlechterquote für den mitbestimmten Aufsichtsrat und die Zielgrößen für eine Frauenquote in Aufsichtsrat, Vorstand/Geschäftsführung und obere Führungsebenen sind spezifische Maßnahmen, die den Zugang bzw. die Beförderung des jeweils von der Quote betroffenen Geschlechts in die in Rede stehende Erwerbstätigkeit begünstigen. Da die Quote 50% nicht übersteigt, liegt darin grundsätzlich auch eine geeignete Maßnahme, um eine gleichmäßige Vertretung der beiden Geschlechter in den betroffenen Funktionen zu bewirken.

23. Ungeachtet dessen setzt das Recht auf Gleichheit von Frauen und Männern aber voraus, dass sich die von einer Ungleichbehandlung betroffenen Personen in einer vergleichbaren Situation befinden (Art. 2 Abs. 1 a) GRL). Ist dies nicht der Fall, besteht kein Anspruch auf Gleichstellung. Ohne eine solche Form der Benachteiligung

kann eine positive Diskriminierung nicht auf Art. 3 GRL gestützt werden. Sie ist ungeeignet und deshalb unzulässig.

24. **Fehlende Regelung zur Qualifikation**

Neben diesen Vorgaben der GRL hat sich der EuGH in mehreren Entscheidungen mit der unionsrechtlichen Beurteilung von Frauenquoten befasst.[8] Als Kriterien zog er insbesondere die gleiche Qualifikation von Bewerbern beider Geschlechter, das Vorhandensein einer Öffnungsklausel und die Anwendung von Auswahlkriterien ohne diskriminierende Wirkung heran. Trotz dieser unionsrechtlichen Vorgabe verzichtet der Referentenentwurf darauf festzuschreiben, dass Personen des Geschlechts, das durch eine Geschlechterquote oder eine Frauenquote beim Zugang oder der Beförderung in die vom Referentenentwurf genannten Funktionen begünstigt werden soll, in gleicher Weise wie Personen des anderen Geschlechts geeignet sein müssen, die Anforderungen der auszuübenden Tätigkeit zu erfüllen.

25. **Starre Geschlechterquote**

Soweit der Referentenentwurf in § 96 Abs. 2 AktG-E eine zwingende Geschlechterquote für die Mitglieder des Aufsichtsrats festschreibt, ohne dass dies mit einer Öffnungsklausel versehen ist, wird man darin eine unionsrechtswidrige Vorgabe sehen müssen. Es fehlt ein Bezug auf das Erfordernis gleicher Qualifikation.

26. Zwar könnte man insoweit darauf verweisen, dass die gleiche Qualifikation der Bewerber durch §§ 100, 105 AktG oder spezialgesetzliche Regelungen (Gesetz über das Kreditwesen (KWG), Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (VAG)) gewährleistet wird. Dort werden die persönlichen Voraussetzungen der Aufsichtsratsmitglieder festgelegt. In Bezug auf die Arbeitnehmervertreter, die durch Wahl bzw. den besonderen Auswahlprozess der Montanmitbestimmung bestimmt werden, wird man dies auch als ausreichend ansehen müssen. Denn eine

[8] EuGH, Urteil vom 17.10.1995, NJW 1995, 3109, Slg. 1995, I-3051, „Kalanke“; EuGH, Urteil vom 11.11.1997, NZA 1997, 1337, Slg. 1997, I-6363 „Marschall“; EuGH, Urteil vom 28.03.2000, EuZW 2000, 474, Slg. 1997 I-1875, „Badeck“; EuGH vom 06.07.2000, NJW 2000, 2653, Slg. 2000, I-5539, „Abrahamsson“.

Wahl der Arbeitnehmervertreter muss nicht nach dem Prinzip der Bestenauslese erfolgen. Etwaige Defizite können hier durch Fort- und Weiterbildung beseitigt werden. Entsprechend entschied auch das BAG, dass die Quote für Betriebsräte ohne Erfordernis an die Qualifikation der Bewerber verfassungs- und unionskonform ist.[9]

27. In Bezug auf die Vertreter der Anteilseignerseite müssen weitergehende Qualitätsanforderungen festgelegt werden können. Nur wenn diese Voraussetzungen von Kandidaten beider Geschlechter erfüllt werden, ist ein Vorrang geeignet, die grundsätzliche Gleichstellung der Geschlechter zu durchbrechen. Wie schon Ziff. 5.4.1 Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) und die zunehmende Bedeutung von Aufsichtsratsausschüssen deutlich machen, ist die Hauptversammlung bei ihrer Entscheidung gehalten, durch eine entsprechende Auswahlentscheidung in Bezug auf die Mitglieder zu gewährleisten, dass der Aufsichtsrat seine gesetzlichen Aufgaben erfüllen kann. Die starre Geschlechterquote in §§ 96 Abs. 2, 3 AktG-E, 9 Abs. 3 GenG-E, 7 Abs. 3 MitbestG-E, 5 a MontanMitbestG-E, 5 a MontanMitbestErgG-E berücksichtigt diese gesetzlichen Anforderungen nicht und missachtet damit die Freiheit der Anteilseigner, die Besetzungsentscheidung auf der Grundlage eines Anforderungsprofils zu treffen, das über §§ 100, 105 AktG hinaus persönliche Merkmale bestimmt. Wenn die Missachtung dieser Vorgaben zu einer fehlerhaften Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben führt, kann dies eine Schadensersatzpflicht der Aufsichtsratsmitglieder zur Folge haben (§§ 93, 116 AktG).

28. Der Gesetzgeber sollte deshalb im Referentenentwurf jedenfalls für die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat die Pflicht zur Erfüllung der Quote daran knüpfen, dass etwaige von den Anteilseignern oder durch die gesetzliche Aufgabenstellung des Aufsichtsrats vorgegebenen Anforderungen an ein Mitglied des Aufsichtsrats durch die Person des begünstigten Geschlechts in gleicher Weise erfüllt werden. Das Anforderungsprofil darf dabei weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierend wirken; es darf den Zielsetzungen dieses Gesetzes nicht widersprechen. Nur wenn die Anteilseigner auf solche Festlegungen verzichten, wäre aufgrund der §§ 100, 105

[9] BAG, Beschluss vom 16.03.2005, AP BetrVG 1972 § 15 Nr. 3, NZA 2005, 1252.

AktG die gleiche Qualifikation der Kandidaten und damit auch die Unionskonformität gewährleistet.

29. **Flexible Frauenquote**

Bei den Regelungen zu den flexiblen Zielgrößen einer Frauenquote in §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG-E, 36, 52 Abs. 4 GmbHG-E, § 9 Abs. 4 GenG-E, die auch über §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 3 Abs. 2 MontanMitbestG, 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestErgG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG zur Anwendung kommen, fehlt eine mit §§ 100, 105 AktG vergleichbare Regelung. Der Wortlaut des Gesetzes erlaubt deshalb, Zielgrößen für eine Frauenquote festzulegen, die ohne Rücksicht auf eine gleiche oder vergleichbare Qualifikation der Bewerber für die jeweils in Rede stehende Funktion (Aufsichtsrat, Vorstand/Geschäftsführung und/oder obere Führungsebene) erfüllt werden sollen. Wenn deshalb Männer bei der Besetzung entsprechender Funktionen auch dann benachteiligt würden, wenn sie im Gegensatz zu weiblichen Bewerbern die Anforderungsprofile der in Rede stehenden Funktionen erfüllen, läge darin eine unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung der Männer beim Zugang zur Beschäftigung oder beim beruflichen Aufstieg. Denn der Grundsatz der Gleichheit, der eine positive Diskriminierung erlaubte, wäre gar nicht einschlägig. Die Regelung wäre ungeeignet zur Herstellung einer völligen Gleichstellung. Ihre Anwendung wäre ein Verstoß gegen §§ 1, 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und entsprechende Maßnahmen unwirksam (§ 7 Abs. 1 AGG).

30. Ein solcher Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben könnte zwar auch durch eine unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung der Neuregelungen durch den Referentenentwurf vermieden werden. Denn die unternehmerische Freiheit zur Festlegung des Anforderungsprofils einer Stelle im Vertretungsorgan einer Gesellschaft oder den oberen bei den Führungskräften bleibt beim Aufsichtsrat bzw. dem Vertretungsorgan selbst. Eine Verpflichtung, die Besetzungsentscheidung unter Missachtung dieses Anforderungsprofils zu treffen, wird mit dem Referentenentwurf nicht geschaffen. Eine Nichterfüllung wird allein durch die Publikationserfordernisse nach § 289 a Entwurf des Handelsgesetzbuches (HGB-E) sanktioniert. Nach Ablauf der Fristen für das Erreichen der Zielgrößen kann eine neue Festlegung erfolgen,

die auch niedriger sein kann, sofern sie eine erreichte Schwelle von bis zu 30% nicht mehr unterschreitet.

31. Diese Vorgehensweise missachtet aber nicht nur die Grundsätze von Rechtssicherheit und Klarheit. Sie lässt auch unberücksichtigt, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung unionsrechtlicher Gestaltungsvorgaben auch den grundrechtlichen Schutz der männlichen Bewerber (Art. 15, 21, 23 GRC) und der Anteilsinhaber (Art. 16 GRC) berücksichtigen muss. Das hat der EuGH schon in seinen ersten Entscheidungen zur Frauenquote im öffentlichen Dienst deutlich gemacht. Zur Verwirklichung der daraus folgenden Schutzpflichten ist der Gesetzgeber gehalten, das Vorliegen einer vergleichbaren Situation als Voraussetzung für eine Anwendbarkeit der Frauenquote in das Gesetz aufzunehmen. [10]

32. Der Gesetzgeber sollte deshalb in §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG-E, 36, 52 Abs. 4 GmbHG-E, 9 Abs. 4 GenG-E, die auch über §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 3 Abs. 2 MontanMitbestG, 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestErgG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG-E zur Anwendung kommen können, die Ablehnung eines männlichen Bewerbers an die Voraussetzung knüpfen, dass die weibliche Bewerberin ebenfalls das Anforderungsprofil der in Rede stehenden Funktion erfüllt.

33. **Geschlechterquote für SE und grenzüberschreitende Verschmelzung**
Hier sieht der Referentenentwurf nur vor, dass die feste Geschlechterquote von 30% im Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat durch die Beteiligungsvereinbarung oder im Rahmen der gesetzlichen Auffangregelung erfüllt werden „soll“. Damit fehlt es an einer Bindungswirkung. Dennoch besteht auch hier die Gefahr, dass Bewerber des jeweils anderen Geschlechts benachteiligt werden, obwohl sie im Gegensatz zu den begünstigten Personen das Anforderungsprofil der jeweiligen Funktion erfüllen.

34. Der Referentenentwurf sollte deshalb die Erfüllung der Quote daran knüpfen, dass gesetzliche oder von den Anteilseignern bestimmte Anforderungen an ein Mitglied

[10] EuGH, Urteil vom 17.10.1995, NJW 1995, 3109, C-450/93 „Kalanke“.

des Aufsichts- oder Verwaltungsrats auch durch die begünstigte Person erfüllt werden.

35. **Erforderlichkeit der Maßnahme**

Im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative soll unter Anerkennung der zur Begründung des Referentenentwurf genannten Entwicklung unterstellt werden, dass mildere Mittel (z. B. freiwillige Selbstverpflichtung, Pflicht zur selbstbestimmten Quote) nicht geeignet sind, in Bezug auf Frauen das unionsrechtliche Ziel einer vollen Gleichstellung von Männern und Frauen in Bezug auf den Zugang und die Beförderung auf die in Rede stehenden Stellen zu erreichen.

36. **Angemessenheit der Maßnahme**

Grundsatz: Schon in seinen Urteilen zur Richtlinie 76/207/EWG hat der EuGH deutlich gemacht, dass die Festsetzung von Geschlechterquoten angemessen sein muss. Dabei wird man - entsprechend den vorstehenden Ausführungen - etwaige Schranken nicht nur wegen des Gebots von Rechtssicherheit und -klarheit im Gesetz selbst zum Ausdruck zu bringen müssen. Mit Blick auf Artt. 3 GRL, 51 Abs. 1 GRC sollte das Gesetz selbst auch den Umstand berücksichtigen, dass damit eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gleichheit von Männern und Frauen (Art. 21, 23 GRC) sowie eine Einschränkung der Berufsfreiheit (Art. 15 GRC) und der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC), zu der auch die gesellschaftsrechtliche Organisationsfreiheit der Anteilsinhaber gehört[11], verbunden sind.

37. Hiervon ausgehend ist unter Berücksichtigung einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative zu prüfen, ob und inwieweit die Angemessenheit einer Aufstellung

[11] Dagegen: „Bislang gewährleistet der EuGH die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit in allen ihren Ausprägungen (s. Art. 15 GRC). Die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRC bündelt alle geschützten Betätigungen, soweit sie durch Selbständige ausgeübt werden können.“ Ruffert, in Callies/Ruffert EUV/AEUV Kommentar, Art. 16 GRCh Rn. 1.

Dafür: „Insofern scheint es folgerichtig, Art. 16 als wirtschaftliches Auffangrecht anzunehmen dem alle Formen wirtschaftlicher Betätigung zuzuordnen sind, die weder unter Art. 15 GR-Charta noch unter Art. 17 GR-Charta fallen.“ Folz, in: Europäisches Unionsrecht, Vedder/Heintschel von Heinegg, Handkommentar, 1. Aufl. 2012.

und Durchsetzung von Geschlechterquoten (Aufsichtsrat) und Zielgrößen für Frauenquoten (Aufsichtsrat, Vorstand/Geschäftsführung, obere Führungsebenen) in Bezug auf das benachteiligte Geschlecht und die Interessen der Anteilsinhaber die gesetzliche Festschreibung von Schranken im Referentenentwurf erforderlich machen.

38. **Automatischer Vorrang wegen des Geschlechts / Fehlen einer Öffnungsklausel**

In seinem Urteil vom 28. März 2000[12] hat der EuGH deutlich gemacht, dass die Richtlinie 76/207/EWG einer automatischen Begünstigung weiblicher Bewerber entgegenstand, wenn dabei entgegenstehende Gründe von größerem rechtlichen Gewicht unberücksichtigt bleiben und keine objektive Bewertung erfolgt, die die besondere persönliche Lage der Bewerber berücksichtigt. Ergänzend hatte er in der Badeck-Entscheidung deutlich gemacht, dass eine Quotenregelung „nicht notwendigerweise ohne weiteres automatisch das Ergebnis jeder einzelnen Auswahlentscheidung in einer qualifikatorischen Pattsituation zu Gunsten der Bewerberin zwingend“ vorgeben darf.[13] Diese Überlegungen wird man mit Blick auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf positive Maßnahmen nach Art. 3 GRL i.V.m. Art. 141 Abs. 4 AEUV übertragen müssen.

39. Diese Vorgabe wird aber durch die feste Geschlechterquote für den Aufsichtsrat in § 96 Abs. 2 AktG-E nicht gewahrt. Denn das Gesetz statuiert eine generelle Besetzungspflicht für Angehörige des jeweiligen Geschlechts. Die wirtschaftliche, rechtliche und unternehmerische Situation der Gesellschaft, die zu besonderen Anforderungen an die Mitglieder des Aufsichtsrats führen kann, branchenbezogene Besonderheiten, der Kreis der vorhandenen Kandidaten und deren Eignung sowie Möglichkeiten einer erweiterten Suche nach potenziellen Kandidaten werden nicht berücksichtigt. Damit findet keine objektive Beurteilung statt, die die besondere Lage der Gesellschaft und der Bewerber berücksichtigt. Auch werden Gründe, die gegen

[12] EuGH, C-158/97, EuZW 2000, 474, „Badeck“.

[13] EuGH, C-158/97, NJW 2000, 1549, „Badeck“, Rn. 28.

eine geschlechtsbezogene Besetzungsentscheidung sprechen, nicht beachtet. Als entgegenstehende Gründe von größerem rechtlichem Gewicht wird man insbesondere die fehlende Eignung von Bewerbern des jeweils anderen Geschlechts ansehen müssen. Sie kann selbst dann gegeben sein, wenn die persönlichen Voraussetzungen, wie sie das AktG, KWG und/oder VAG im Übrigen festlegen, erfüllt sind. Damit aber kann die feste Geschlechterquote durch fehlerhafte oder fehlende Besetzung des Aufsichtsrats seine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung gefährden, was die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC), ggf. auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Bestandteil der Eigentumsgarantie in Art. 17 GRC, beeinträchtigt.

40. Die fehlende Berücksichtigung höherwertigerer Umstände wird auch nicht dadurch ausgeglichen, dass der Referentenentwurf Quoten für jedes Geschlecht bestimmt. Denn wenn die eigene Geschlechterquote bereits erfüllt ist und auch die Aufsichtsratsplätze ohne Geschlechterbindung mit Personen des gleichen Geschlechts besetzt sind, kann eine Besetzung der dem anderen Geschlecht durch die Quote zugewiesenen Plätze durch das gleiche Geschlecht nicht mehr erfolgen. Diese Benachteiligung erfolgt sogar dann, wenn es keine geeigneten Bewerber/Kandidaten des anderen Geschlechts für die diesem Geschlecht zugeordneten Aufsichtsratsplätze gibt.

41. Um eine unionsrechtskonforme Geschlechterquote zu bewirken, muss der Gesetzgeber eine Öffnungsklausel aufnehmen, die eine Besetzung außerhalb der Quote erlaubt, wenn es für die Anteilsinhaber und/oder die Arbeitnehmer bei der Beschlussfassung bzw. Wahl keine Kandidaten gibt, die Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft werden wollen und das gesetzliche bzw. durch die Anteilsinhaber bestimmte Anforderungsprofil erfüllen. Das Anforderungsprofil darf dabei weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierend wirken; es darf den Zielsetzungen dieses Gesetzes nicht widersprechen.

42. Diese Problematik stellt sich nicht nur bei den Anteilseignervertretern, sondern auch bei den Arbeitnehmervertretern. Denn es ist schon wegen der personenbezogenen Anforderungen (z. B. Arbeitnehmer des Unternehmens) denkbar, dass es keine ge-

eigneten Kandidaten und/oder Ersatzkandidaten gibt, die die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen und zur Kandidatur bereit sind. Die derzeitige Sanktion eines „leeren Stuhls“ ist hier unangemessen. Hierbei kann eine erhöhte Darlegungslast festgelegt werden. Vergleichbar damit war in einem früheren Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungspositionen (GlTeilhG)[14] vorgeschlagen worden:
„Ausnahmen von … sind zulässig, wenn die Gesellschaft nachweist, dass hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist insbesondere anzunehmen, soweit trotz erheblicher Anstrengungen der Gesellschaft nur ungeeignete Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zur Besetzung des Aufsichtsrats zur Auswahl standen.“

43. Diesem Erfordernis entspricht auch § 289 a Abs. 2 Nr. 5 HGB-E, der die Gesellschaft bei Nichterfüllen der Geschlechterquote verpflichtet, darüber im Lagebericht unter Angabe der Gründe hinzuweisen. Denkbar wäre, in diesem Fall eine gerichtliche Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds des Geschlechts vorzusehen, das wegen der Quote eigentlich kein Mitglied des Aufsichtsrats hätte werden können. Die gebotene Missbrauchskontrolle würde dadurch erreicht, dass der wichtige Grund durch die Gesellschaft gegenüber dem Gericht dargelegt werden muss.

44. **Flexibilität der Quotenvorgabe**
Die Flexibilität in Bezug auf die Festlegung, die Möglichkeit einer späteren Anpassung und die rechtliche Unverbindlichkeit der Frauenquote, die durch Zielgrößen außerhalb von § 96 Abs. 2 AktG bestimmt werden soll, gewährleistet, dass die vorstehenden Gesichtspunkte berücksichtigt werden können. Hier ist von einer angemessenen Regelung auszugehen.

45. **Einschränkung der Berufsfreiheit**
In Übereinstimmung mit grundsätzlichen Überlegungen des EuGH dürfte die feste Geschlechterquote ebenso wie die flexible Frauenquote eine Einschränkung der

[14] BR-Drucks. 330/12.

Berufsfreiheit für das jeweils benachteiligte Geschlecht zur Folge haben. Die damit einhergehende Einschränkung der durch Art. 15 GRC geschützten Rechtsposition dürfte aber auf der Grundlage der in Art. 3 GRL i.V.m. Art. 141 Abs. 4 AEUV, 23 Abs. 2 GRC ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit einer positiven Diskriminierung zulässig sein, wenn sie unter den vorstehenden Prämissen angemessen ist. Dies gilt umso mehr, als von der gesetzlichen Vorgabe ausweislich der Begründung nur etwa 3.500 Unternehmen betroffen sind. Für Personen, die bei der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit als Aufsichtsrat, Vorstand/Geschäftsführer oder Arbeitnehmer einer der beiden oberen Führungsebenen benachteiligte werden, verbleiben eine Vielzahl anderer Unternehmen mit gleichen oder gleichwertigen Aufgaben, die nicht vom Geltungsbereich der hier in Rede stehenden Quotenregelungen erfasst sind.

II. Zwischenergebnis

46. Um den Anforderungen an eine unionskonforme Quotenregelung gerecht zu werden, ist dem Gesetzgeber dringend zu raten, der festen Geschlechterquote in § 96 Abs. 2 AktG-E eine Öffnungsklausel hinzuzufügen. Darüber hinaus sollte jedenfalls für die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat die Pflicht zur Erfüllung der Quote daran geknüpft werden, dass etwaige von den Anteilseignern oder durch die gesetzliche Aufgabenstellung des Aufsichtsrats vorgegebenen Anforderungen an ein Mitglied des Aufsichtsrats durch die Person des begünstigten Geschlechts in gleicher Weise erfüllt werden. Ungeachtet dessen sollte das Erfordernis der gleichen Qualifikation auch für die Bereiche der flexiblen Frauenquote ergänzt werden. Sonst besteht die Gefahr, dass Frauen mit dem Ziel der Erfüllung von Zielgrößen begünstigt werden, obwohl sie das Anforderungsprofil der jeweils in Rede stehenden Funktion nicht erfüllen.

C. Verfassungsrecht

47. Das gesetzliche Vorhaben könnte mit nationalen Grundrechten kollidieren.

I. Art. 3 Abs. 3 GG

48. Art. 3 Abs. 3 GG verbietet jede Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts. Feste und flexible Quoten, wie derzeit im Referentenentwurf vorgesehen, wirken als faktisches staatliches Verbot, einen Teil der Stellen mit Männern zu besetzen.[15] Ein Eingriff in Art. 3 Abs. 3 GG liegt vor.

49. Ob die Differenzierung nach dem Geschlecht gerechtfertigt werden kann, hängt von kollidierendem Verfassungsrecht ab. Die Einführung der Frauenquote muss bei strenger Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet und erforderlich sein. Fraglich ist, ob Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG diesen Eingriff rechtfertigen und somit als Legitimationsgrundlage für die Einschränkung von Grundrechten herangezogen werden kann.[16] Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthält den staatlichen Auftrag, auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung und die Beseitigung bestehender Ungleichheiten im privaten Bereich hinzuwirken.[17] Laut BVerfG besteht der Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG darin, ein Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit zu erstrecken.[18] Der Gleichberechtigungsgrundsatz bedeutet dem Wortlaut nach die „Gleichheit im Recht". Der Begriff der „Gleichstellung" wurde im Normtext ausdrücklich nicht verwendet.[19] Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, sollen durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.[20]

50. Teils wird Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Diskriminierungsverbot verstanden. Es soll dazu führen, dass der Gruppenschutz des privilegierten Geschlechts (meist Frauen) den Schutz des andersgeschlechtlichen Individuums aufhebt. Der

---

[15] So auch Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 314; Kempter/Koch, BB 2012, 3009.

[16] Dgg. BVerfGE 88, 203 (219) = NJW 1993, 1751 (bzgl. Sozialstaatsprinzip); dafür: Rüffner, in BK GG Losebl., Art. 3 Abs. 2 u. 3 Rn. 686; BVerfGE 92, 91, 109; 114, 357, 370.

[17] Vgl. BAGE 114, 119, 129; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG Rn. 90

[18] BVerfGE 15, 133 (345).

[19] Scholz, in: Maunz/ Düring, Art. 3 Abs. 2 Rn. 65; Isensee, NJW 1993, 2583, 2585; Kempter/Koch, BB 2012, 3009; BVerfGE 6, 55 (82).

[20] BVerfGE 74, 163 (180).

Wortlaut erlaubt eine solche Auslegung nicht, da er lediglich von „fördern“ und „bestehende Nachteile abzubauen“ spricht. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist als Staatszielbestimmung ausgeformt, der ein lediglich programmatischer Charakter zukommt. Staatsziele sind Grundrechten nicht gleichrangig. Damit können sie nicht als Grundrechtsschranke wirken, sondern sind im Rahmen der Auslegung und auch vom Gesetzgeber zu berücksichtigen. Es geht bei Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nicht um Ergebnisgleichheit.[21] Das hindert den Gesetzgeber jedoch nicht, das Ergebnis seines Handelns mittels normierter Ziele in den Vordergrund zu stellen.[22]

51. Vor diesem Hintergrund sind Anleihen bei der parallel geführten Debatte zu Quoten im Betriebsrat angezeigt. Das BAG sieht in dem insoweit maßgeblichen § 15 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und die Gleichbehandlungsrichtlinie.[23] In dem Fall ging es um eine Regelung des BetrVG, die eine Quote für die Besetzung von Betriebsratsmitgliedern vorsieht. Die Regelungen des BetrVG und der dazugehörigen Wahlordnung seien zum einen geschlechtsneutral formuliert, zum anderen sei eine eventuelle Ungleichbehandlung des Mehrheitsgeschlechts durch Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt.

52. Insofern lässt sich eine Parallele zum Referentenentwurf ziehen. Die Quoten im Referentenentwurf sind geschlechtsneutral formuliert. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, die vom BAG in obigem Fall herausgestellt wurde, um den Zugang von Frauen zum Betriebsratsamt tatsächlich zu fördern, dürfte auch im Referentenentwurf zum Ausdruck kommen. § 15 Abs. 2 BetrVG wurde als relativ mildestes Mittel gewertet, weil vorausgehende Versuche einer Soll-Vorschrift gescheitert waren. Ähnlich stellt sich die Vorgeschichte zu den Quoten des Referentenentwurfs dar. Insofern könnte die Ausgestaltung des § 15 Abs. 2 BetrVG als Modell für die praktische Umsetzung des Referentenentwurfs herangezogen werden. Die Quote

---

[21] Jarass/Pieroth, s.o., Art. 3 Rn. 90; Dürig/Scholz, in: Maunz/Düring, Art. 3 Rn. 66; Abschlussbericht der Gemeinsamen Verfassungskommission BT Drs. 12/6000, S. 50; Dürig/Scholz, in: Maunz/Düring, Art. 3, Rn. 65.

[22] Vgl. Knops/Wegner, GewArch 2014, 185, 187.

[23] BAG, Beschluss v. 16.03.2005, AP BetrVG 1972 § 15 Nr. 3, NZA 2005, 1252; a.A. LAG Köln, 13.10.2003 – 2 TaBV 1/03, NZA-RR 2004, 247.

wird erst bei Auszählung der Stimmen zur Betriebsratswahl relevant. Sobald der letzte zu vergebende Betriebsratssitz mit einem Mann besetzt und dadurch die Frauenquote nicht erfüllt ist, muss der Mann zurücktreten. Dadurch rückt die nächste Frau (die im Verhältnis zu den anderen Frauen die meisten Stimmen bekommen hat) nach. Die alternative Vorgabe einer Geschlechterquote bereits bei Aufstellung der Wahllisten hat das BAG als noch stärker in die Wahlrechtsgleichheit eingreifend empfunden.

53. Dieses betriebsverfassungsrechtliche Modell kann zur unions- und verfassungskonformen Umsetzung der Wahl zum Aufsichtsrat und zum Vorstand herangezogen werden.

54. Ungeachtet dessen sind, um den in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG genannten gleichen Erwerbschancen ausreichend Rechnung zu tragen, Regelungen zu erlassen, die der Chancengleichheit der Frauen dienen, aber im Ergebnis das Recht der einzelnen Männer auf individuelle Gleichberechtigung nicht verletzen. Gerade diese Verletzung droht indessen durch den Referentenentwurf in seiner jetzigen Fassung, die keine Härtefallklausel vorsieht und jedenfalls in Teilen auf die zumindest gleiche Qualifikation der Bewerber verzichtet. Insofern kann an die unionsrechtlichen Ausführungen zur GRL angeknüpft werden.

II. Art. 9 Abs. 1 GG

55. Art. 9 Abs. 1 GG ist betroffen, da eine Aktiengesellschaft (entsprechendes gilt für andere vom Referentenentwurf betroffene Gesellschaftsformen) eine Vereinigung ist und Aktionäre nicht auch Mitglieder sind.[24] Das BVerfG ließ offen, ob Aktiengesellschaften ab einer bestimmten Größe noch unter Art. 9 Abs. 1 GG fallen, weil dort das personale Element, also der Gedanke „freier Assoziation selbstbestimmender Mitglieder“, kaum noch gegeben sei.[25] Ein vergleichender Blick auf das Mit-

[24] Windbichler, Gutachten vom 07.07.2008, s.o., S. 2.

[25] BVerfGE 50, 290, 354.

bestimmungsurteil des BVerfG[26] zeigt: Das BVerfG hat als verfassungskonform erachtet, einen Teil des Gesellschaftsorgans mit Vertretern zu besetzen, die nicht von den Gesellschaftern bestimmt werden. Insofern dürfte dem Referentenentwurf, wonach die Gesellschafter zwar die Mitglieder frei bestimmen dürfen, aber hinsichtlich deren Geschlechtes gebunden sind, wenig entgegenzusetzen sein.

III. Art. 12 Abs. 1 GG

56. Geschützt wird von Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit eines jeden Bürgers, grundsätzlich jeden Beruf auszuüben. Art. 12 Abs. 1 GG betrifft auch die Gesellschaft selbst. Fraglich ist, ob die an das Geschlecht anknüpfende Quote im Berufsleben Auswirkungen auf die Berufswahl- oder Berufsausübungsfreiheit hat.

57. Durch §§ 76, 111 AktG-E und § 36 GmbHG-E kann das Unternehmen die Quote flexibel an seine Situation anpassen. Das BAG hat die Geschlechterquote für Betriebsräte für verfassungskonform erklärt, ohne zu thematisieren, ob es sich dabei um eine „starre Quote“ handelt.[27] Allerdings hängt die Quote des § 15 Abs. 2 BetrVG von der tatsächlichen Repräsentation von Frauen im betreffenden Betrieb ab. Eine Vergleichbarkeit mit den Vorschriften des Referentenentwurfs kann aus diesem Grund bezweifelt werden. Bezüglich der betroffenen Personen, die in Vorstand oder obersten Führungsebenen arbeiten, kann der durch die Quote erfolgende Eingriff in die Berufswahlfreiheit unter Umständen als so erheblich gesehen werden, dass er nicht durch Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden kann.

58. Die auch von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Gesellschaft selbst darf durch ihre gesetzlich vorgeschriebene Organisation nicht so „schwerfällig“ werden, dass unternehmerische Entscheidungen dysfunktional verlangsamt werden.[28] Abhängig von der Größe des Gremiums und des Unternehmens darf eine faktische „Null“-Quote

[26] BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, BVerfGE 50, 290, NJW 1979, 699.

[27] BAGE 114, 119, 133.

[28] Windbichler, in Gutachten vom 07.05.2008, s.o., S. 3.

vorkommen.[29] Allein das öffentliche Echo in Folge der zu veröffentlichenden Tatsache, dass die Zielgröße nicht erreicht werden konnte[30], vermag die Organisation der Gesellschaft nicht zu beeinträchtigen. Eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG ist auszuschließen.

IV. Art. 14 Abs. 1, 2 GG

59. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist auch das Anteilseigentum von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.[31] Das BVerfG erblickte bereits in der Arbeitnehmermitbestimmung keine „qualitative“ Veränderung des Inhalts des Mitgliedschaftsrechts.[32] Dies müsste erst recht für die Einführung einer Frauenquote für Aufsichtsräte gelten.[33] Während durch die Unternehmensmitbestimmung bis zur Hälfte des Aufsichtsrats der Kontrolle der Anteilseigner vollständig entzogen wird, würde durch die Frauenquote den Anteilseignern noch freistehen, eine ihnen zugeneigte Person zu wählen.

60. Allerdings ist zu bedenken, dass durch die Kumulation von paritätischer Mitbestimmung und Frauenquote das Auswahlermessen der Aktionäre eine weitere, erhebliche Einschränkung erfährt, da sie die ihnen verbliebenen 50% der Aufsichtsratssitze nicht mehr nach eigenem Ermessen besetzen können. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint auch in Bezug auf die grundgesetzliche Eigentumsgarantie eine Öffnungs- und Härtefallklausel geboten, wie sie bereits im Hinblick auf das Unionsrecht und Art. 3 Abs. 2 GG für notwendig erachtet wurde (s. oben Rdn. 36 ff).

---

[29] Vgl. zur Aussage von Ministerin Schwesig am 09.09.2014: http://www.faz.net/agenturmeldungen/unternehmensnachrichten/frauen-in-fuehrungspositionen-kleine-aenderungen-am-gesetzentwurf-13144182.html.

[30] Ähnlich dem gesellschaftsrechtlichen „comply-or-explain“ Grundsatz.

Vgl. nur Papier, in: Maunz/Dürig, 71. Ergl. 2014, Art. 14 Rn. 195; vgl. zudem zahlreiche Entscheidungen des BVerfG zu den Rechten von Aktionären aus Art. 14 GG.[31]

[32] BVerfGE 50, 290, 344 ff.

[33] Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 324.

D. Zusammenfassende Stellungnahme zur Unions- und Verfassungskonformität

61. Um vor diesem Hintergrund die Unions- und Verfassungsrechtskonformität sicherzustellen, ist dem Gesetzgeber dringend zu raten, den Quotenvorschriften des Referentenentwurfs je eine Härtefallklausel hinzuzufügen, die bei wichtigen Gründen Ausnahmen zulässt. Die Beweislast für das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen muss bei der Gesellschaft liegen. Es sollte zudem ergänzt werden, dass die Quote eine gleiche Eignung der Bewerber voraussetzt, wobei den Auswahlkriterien keine – weder direkt noch indirekt – diskriminierende Wirkung zukommen darf. Um solche Öffnungsklauseln ergänzt verstößt der Gesetzentwurf nicht gegen das Gleichheitsgebot von Grundgesetz und EU-Recht.

62. Das AGG dürfte vorliegend nicht zur Anwendung kommen, weil mit dem Referentenentwurf eine spezialgesetzliche Regelung auch im Verhältnis zu § 5 AGG geschaffen wird. Allerdings sollte dies der Gesetzgeber klarstellen.

Teil 2: Stellungnahme zu Artikel 1 und 2 des Referentenentwurfs

A. Vorbemerkung zu Artikel 1 und 2

63. Der Deutsche Anwaltverein sieht unter den in Teil 1 dargestellten zusätzlichen Voraussetzungen im vorgelegten Gesetzentwurf einen gangbaren, unionrechtskonformen Weg, um die vorliegende Unterrepräsentanz von Frauen in den Führungspositionen der Verwaltung zu beseitigen. Gerade, wenn es aber darum geht, eine „geschlechtergerechte Teilhabe“ an verantwortungsvollen Positionen in der Verwaltung zu gewährleisten, ist in Bezug auf die hierfür maßgeblichen Vorschläge für ein „Gesetz für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Unternehmen und Gerichten des Bundes“ (BGleiG-E) – sowie zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien (BGremBG-E) – Folgendes anzumerken:

B. Kritik im Einzelnen

I. Artikel 1 – Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien (Bundesgremienbesetzungsgesetz – BGremBG)

§ 2 Geltungsbereich

64. Soweit in § 2 BGremBG-E in Satz 2 wie schon nach geltendem Recht weiterhin vorgesehen ist, dass von der Geltung des Gesetzes „die Gremien der Gerichtsbarkeit und des Bundesrechnungshofes“ ausgeschlossen sind, ist diese Exemtion gerade vor dem Hintergrund der Gesetzesziele zu hinterfragen. Aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins spricht nichts dagegen, zumindest für die Wahllisten zur Bestimmung der „Gremien der Gerichtsbarkeit“ die Einhaltung der gesetzgeberischen Vorgaben vorzusehen.

II. Artikel 2 – Gesetz für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in Unternehmen und Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz – BGleiG)

§ 1 Ziel des Gesetzes

65. Nicht übersehen werden kann, dass der Referentenentwurf bei der von ihm angestrebten „tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ in § 1 Abs. 4 BGleiG-E auch in § 6 Abs. 2 BGleiG-E dem Dienstherrn eine Ermessensbefugnis einräumt („soll“), die zumindest in atypischen Einzelfällen eine Abweichung von den Anforderungen des Gesetzes zulässt. Der Deutsche Anwaltverein hält dies für sachgerecht. Soweit der Gesetzentwurf so gewisse Spielräume eröffnet und dabei z. T. sogar hinter dem geltenden Recht zurückbleibt (z.B. hinsichtlich des Abweichungskorridors in § 3 Abs. 8 BGleiG-E), drohen dadurch keine geschlechtsspezifischen Benachteiligungen.

§ 2 Geltungsbereich

66. Der Geltungsbereich des Gesetzes erstreckt sich nun nicht mehr zwingend auf Unternehmen, die aus bundeseigener Verwaltung in die Rechtsform eines Unternehmens des privaten Rechts umgewandelt worden sind. War in dem ersten zur Verfügung gestellten Entwurf vom 20.06.2014 noch eine zwingende Regelung für Unternehmen im mehrheitlichen Bundesbesitz enthalten, wurde in der zweiten Fassung eine abgeschwächte Form gewählt und lediglich ein Auftrag an Unternehmen, die aus bundeseigener Verwaltung in die Rechtsform eines Unternehmens des privaten Rechts umgewandelt *worden sind* erteilt, um schließlich in der dritten Fassung des Gesetzesentwurfs nur noch Unternehmen zu erfassen, die *zukünftig* aus bundeseigener Verwaltung in die Rechtsform eines Unternehmens des privaten Rechts *umgewandelt werden*. Diese Auslegung des Geltungsbereichs wird durch die Gesetzesbegründung bestätigt; denn es wird auf die Regelung im Vorläufergesetz verwiesen, die auf den Zeitpunkt der Umwandlung der Unternehmen abstellte: „Bei der Umwandlung eines Unternehmens aus bundeseigener Verwaltung in die Rechtsform eines Unternehmens des privaten Rechts soll auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes hingewirkt werden.“ Alle Unternehmen i.S.d. § 3 Abs. 7 BGleiG-E, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits umgewandelt sind, sind von den Neuregelungen somit nicht mehr erfasst.

67. Offen bleibt die Frage, wie der gegenüber dem ursprünglichen Ansatz stark begrenzte Geltungsbereich sachlich zu begründen ist. Der naheliegende Begründungsansatz, dass privatrechtlich organisierte Unternehmen ausgenommen bleiben sollen, ist gerade nicht tragfähig, da künftig privatisierte Unternehmen erfasst bleiben. Auch bleibt unbeantwortet, wie ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen auf die Anwendung des BGleiG „hinwirken“ soll.

68. Das Gesetz setzt nämlich voraus, dass Strukturen des öffentlichen Dienstes im Unternehmen etabliert sind. Die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich darauf, dass auf Begriffe aus dem Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes zurückgegriffen worden ist (z.B. Entgeltgruppen).

69. Dazu werden die Strukturen des öffentlichen Dienstes zu Grunde legt, wenn von z.B. von Laufbahn und Dienststellen die Rede ist.

70. Die Erarbeitung eines Gleichstellungsplans fordert eine Bestandsaufnahme nach den Bereichen gemäß § 3 Abs. 2 BGleiG-E, wobei die Gesetzesbegründung auf die alte Regelung des § 4 Abs. 1 BGleiG verweist: „Bereiche im Sinne dieses Gesetzes sind die einzelnen Besoldungs-, Vergütungs- und Lohngruppen, Laufbahngruppen, Laufbahnen und Fachrichtungen sowie zusätzlich die Funktionen mit Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben in der Dienststelle."

71. Besoldungs- und Entgeltgruppen setzen die Geltung eines Tarifvertrags voraus, Laufbahngruppen und Laufbahnen sind der Privatwirtschaft in dieser Form unbekannt.

72. Im Entwurf wird durchweg nur von der Personalvertretung gesprochen (z. B. § 5 Abs. BGleiG-E). Eine Anwendung des Gesetzes in privatisierten Unternehmen fordert aber die Berücksichtigung und Beachtung der Betriebsverfassung.

73. Die in § 1 BGleiG-E definierten Ziele werden für Unternehmen i.S.d. § 3 Abs. 7 BGleiG-E durch den Apell gemäß § 2 BGleiG-E auf Grund der Schwierigkeiten in der Umsetzung kaum erreicht werden.

§ 3 Begriffsbestimmungen

74. Der Deutsche Anwaltverein regt an, die Begriffsdefinition in § 3 Abs. 8 BGleiG-E zu überprüfen. Abgesehen davon, dass rechtliche Unsicherheiten vorprogrammiert sein dürften, wenn die Bestimmung der Unterrepräsentanz für denjenigen Bereich erfolgt, auf den sich die angestrebte Maßnahme oder Entscheidung „hauptsächlich" bezieht, fällt auf, dass die „Abweichungsbefugnis" in § 3 Abs. 8 S. 1 BGleiG-E hinter geltendem Recht zurückbleibt. § 4 Abs. 6 BGleiG in der derzeit geltenden Fassung geht ohne Einräumung einer Abweichungsbefugnis davon aus, dass eine Unterrepräsentanz (stets) anzunehmen ist, wenn der Frauenanteil an den Beschäftigten „jeweils unter 50% liegt".

75. Die Definitionen des Unternehmens in § 3 Abs. 4 S. 2 und Abs. 7 BGleiG-E erscheinen nicht konsistent. § 3 Abs. 7 wirft außerdem die Frage auf, ob eine Umwandlung i. S. von § 1 Umwandlungsgesetz (UmwG) gemeint ist.

§ 6 Arbeitsplatzausschreibung

76. Die Inanspruchnahme von Teilzeitarbeit soll gemäß dem Ziel des Gesetzes gefördert werden. Das Gesetz sieht deshalb verpflichtend vor, dass bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen unbedingt auch die Möglichkeit der Teilzeit hinzuzufügen ist, soweit dem „zwingende dienstliche Belange“ nicht entgegenstehen. Diese Regelung enthält eine schärfere Formulierung als § 8 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), der entgegenstehende betriebliche Belange ausreichen lässt, um einen Antrag auf Teilzeit abzulehnen und war bereits in der alten Fassung des Gesetzes enthalten. Dabei bleibt offen, was unter dem Begriff „zwingend“ zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen der Anspruch abgelehnt werden kann. Die Gesetzesbegründung gibt keine Auskunft darüber, was der Gesetzgeber dabei erwogen hat.

§ 8 Auswahlentscheidungen bei Einstellung, beruflichem Aufstieg, Vergabe von Ausbildungsplätzen

77. Dem Ziel des Gesetzes dient, dass Frauen (bzw. das Geschlecht, das in der Minderheit ist), sofern sie in einzelnen Bereichen unterrepräsentiert sind, bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, beruflichem Aufstieg und Einstellungen unter bestimmten Voraussetzungen bevorzugt zu berücksichtigen sind. Das sah bereits die alte Fassung des Gesetzes vor. Neu aufgenommen wurde aber eine Ergänzung, dass das Minderheitengeschlecht auch bei Abordnung, Versetzung und Umsetzung bevorzugt zu berücksichtigen ist.

78. Die Förderungsabsicht kann sich dabei in ihr Gegenteil verkehren, wenn dies uneingeschränkt für alle Abordnungen, Versetzungen und Umsetzungen gelten soll. Darin liegt die Gefahr, dass Frauen, sofern sie in der Minderheit sind, in besonde-

rem Maße von diesen personellen Einzelmaßnahmen betroffen sein können. Das kann zu einer besonderen Belastung wegen des häufigen Arbeitsplatzwechsels führen. Denn veränderte Arbeitsbedingungen führen im Regelfall dazu, dass auch familiäre Umstände angepasst werden müssen. Den Zielen des Gesetzes wird nur gedient, wenn die Abordnung, Versetzung oder Umsetzung Voraussetzung für einen beruflichen Aufstieg ist oder einen solchen vorbereiten soll. Nur dann ist es gerechtfertigt, bei vorübergehenden Abordnungen, Versetzungen und Umsetzungen das Geschlecht in der Minderheit bevorzugt zu berücksichtigen.

79. Hier ist eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext zwingend geboten. Ansonsten besteht die Gefahr, dass bei personellen Engpässen zuerst das Geschlecht in der Minderheit die Lücken füllen muss.

§ 9 Qualifikation

80. Hier wird vom Arbeitgeber gefordert, dass er spezifische durch Familien- oder Pflegeaufgaben erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten bei der Ermittlung der Qualifikation zu berücksichtigen hat. Gleichzeitig untersagt aber § 7 Abs. 2 BGleiG-E dem Arbeitgeber, nach bestehenden oder geplanten Familienaufgaben bei Auswahlgesprächen zu fragen. In ähnlicher Formulierung war dies bereits im alten Gesetz enthalten. Problematisch bis unmöglich erscheint dabei, die Frage nach den erworbenen Erfahrungen von der Frage nach den bestehenden Pflege- und Familienaufgaben zu trennen.

81. Im Übrigen dürften aber die Bezugnahmen auf die Begriffe des Arbeitsplatzes und des Funktionsbereichs in § 9 Abs.1 S. 1 BGleiG-E zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Der Begriff des Arbeitsplatzes hat nach § 3 Abs. 1 BGleiG-E eine Vielzahl verschiedener Inhalte, der Begriff des Funktionsbereichs ist nicht definiert. Da in § 3 Abs. 1 BGleiG-E sowohl Dienstposten als auch Planstellen als Arbeitsplätze definiert werden, ist z. B. unklar, inwieweit die spezifischen Aufgaben des Dienstpostens neben den allgemeinen Anforderungen des statusrechtlichen Amts zu berücksichtigen sind. Diese Frage hat große praktische Bedeutung, weil sich aus den

Aufgaben des Dienstpostens häufig besondere Anforderungen ergeben. Die Rechtsprechung hat dazu im vergangenen Jahr einige Grundsätze formuliert (BVerwGE 147, 20 m.w.N.), die bei der Formulierung von § 9 Abs. 1 BGleiG-E berücksichtigt werden sollten. Das kann auch durch Präzisierung oder Modifikation geschehen, soweit Art 33 Abs. 2 GG dies zulässt.

82. Soweit § 9 Abs. 2 Nr. 1 BGleiG-E sich auf „weniger aktive Dienst- oder Beschäftigungsjahre“ bezieht, besteht ein Widerspruch zur Berücksichtigung der beruflichen Erfahrungen als Qualifikationsmerkmal in § 9 Abs. 1 S. 1 BGleiG-E.

§ 13 Gleichstellungsplan

83. In Absatz 2 wird festgelegt, dass im Gleichstellungsplan u.a. festzulegen ist, wie die Benachteiligung von Frauen beseitigt wird. Es sind konkrete Zielvorgaben für die Besetzung von Stellen (Frauen- / Männeranteil) zu benennen.

84. Dabei beinhaltet die neue Vorschrift keine Ausnahme für den Fall, dass nicht genügend Frauen/Männer zur Verfügung stehen. Es wird deshalb angeregt, die ursprüngliche Regelung aus §11 Abs. 2 BGleiG sinngemäß aufzunehmen:

85. „Sind zur Beseitigung des Ungleichgewichts nicht genügend Frauen mit der notwendigen Qualifikation zu gewinnen, können entsprechend weniger Personalstellen zur Besetzung mit Frauen vorgesehen werden. Dies ist im Gleichstellungsplan darzulegen. Personenbezogene Daten darf der Gleichstellungsplan nicht enthalten.“

§ 15 Arbeitszeiten und sonstige Rahmenbedingungen

86. Einem Antrag auf Teilzeit ist stattzugeben, wenn zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen, siehe hierzu die Ausführungen zu § 6.

§ 16 Teilzeitbeschäftigung, Telearbeit, mobiles Arbeiten und Beurlaubung zur Wahrnehmung von Familien- oder Pflegeaufgaben

87. Die Nichterwähnung des Sabbatjahrs im Gegensatz zur vorherigen Fassung gibt zu Interpretationen Anlass, dass ein Sabbatjahr nicht mehr als Arbeitszeitmodell gewünscht sein könnte.

§ 17 Wechsel zur Vollzeitbeschäftigung, beruflicher Wiedereinstieg

88. In der Neufassung der Vorschrift wurde nicht mehr aufgenommen, dass die bevorzugte Besetzung von Vollzeitstellen unter Beachtung des Leistungsprinzips zu erfolgen hat. Dies erscheint unter der Geltung des Art. 33 Abs. 2 GG unverzichtbar. Es sollte auch eine Klarstellung aufgenommen werden, dass § 17 BGleiG-E lex specialis zu § 9 TzBfG ist.

§ 18 Verbot von Benachteiligungen

89. Absatz 4 der Vorschrift fordert Benachteiligungen „durch eine fiktive Nachzeichnung der Qualifikation auszugleichen“. Unklar bleibt, was der Begriff „Nachzeichnung“ vom Arbeitgeber verlangt. Die Gesetzesbegründung verweist auf die Fassung des § 15 Abs. 3 und 4 des BGleiG von 2001, die in der Formulierung klarer und eindeutiger ist:

90. Eine Verzögerung im beruflichen Werdegang, die sich aus der familienbedingten Beurlaubung ergibt, ist bei einer Beförderung angemessen zu berücksichtigen, soweit das nicht schon durch eine vorzeitige Anstellung geschehen ist.

91. Die Beurlaubung darf sich nicht nachteilig auf eine Beförderungsreihenfolge und die Möglichkeiten einer Höhergruppierung oder Höherreihung auswirken.

92. Klarer wäre es, auf diesen Text zurückzugreifen und die gewollten Erweiterungen auf Beschäftigte mit Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz, in Eltern- und Pflegezeit einzupflegen.

§ 19 Wahl, Verordnungsermächtigung

93. § 19 Abs. 4 S. 2 des BGleiG-E ist nicht verständlich, weil die Wahl mehrerer Gleichstellungsbeauftragter nirgends vorgesehen ist.

§ 26 Beteiligung und Unterstützung der Gleichstellungsbeauftragten

94. In § 26 Abs. 4 BGleiG-E ist die Verweisung auf § 29 Abs. 2 nicht verständlich. Falsche Verweisungen enthält der Entwurf auch in anderen Vorschriften, z. B. in § 32 Abs. 1 BGleiG-E.

§ 27 Rechtsstellung

95. Im Zusammenhang mit § 27 BGleiG-E sollte erwogen werden, der Gleichstellungsbeauftragten die Befugnis zuzugestehen, auf Kosten des Dienstherren rechtliche Beratung in Anspruch nehmen zu können, soweit ihr dies geboten erscheint. Es dürfte sich um Sachkosten i. S. § 29 Abs. 1 des Entwurfs handeln. Der Deutsche Anwaltverein hält eine Regelung nach dem Vorbild des § 44 Abs. 1 S. 1 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) für denkbar.

§ 30 Zusammenarbeit und Information

96. Das nur durch das Kriterium der Erforderlichkeit begrenzte Einsichtsrecht der Gleichstellungbeauftragten in die Personalakte – unabhängig von einer Zustimmung des Betroffenen – ist hinsichtlich des Persönlichkeitsrechts der Beschäftigten problematisch. Betriebs- und Personalräten, die ebenfalls auf Grund eines gesetzlichen Auftrags im BPersVG und Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) die Einhaltung der Gesetzes und damit auch des AGG zu überwachen haben, und die darüber hinaus ebenfalls den Auftrag haben, Gleichstellung zu fördern, haben kein selbstständiges Einblicksrecht in die Personalakte oder Teile davon. Dazu ist die Einwilligung des Beschäftigten erforderlich.

97. Durch das Kriterium der Erforderlichkeit wird keine die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen hinreichend wahrende Beschränkung erreicht; dies ist mit Blick auf den

umfassenden Aufgabenkatalog in § 24 BGleiG-E unschwer feststellbar. Welche Teile welcher Personalakten sollen zur Erfüllung des umfassenden Förderauftrags nicht relevant sein? Nimmt man den Auftrag der Gleichstellungsbeauftragten wörtlich, wird sie jederzeit alle Personalakten prüfen können, um eine generell systemische oder konkrete Benachteiligung auszuschließen oder zu belegen.

98. Um den berechtigten Interessen der Beschäftigten an der Wahrung ihrer Privatsphäre Rechnung zu tragen, sollte entweder das Einsichtsrecht analog den Vorgaben des BPersG und des BetrVG ausgestaltet werden oder eine Differenzierung derart vorgenommen werden, dass für eine allgemeine Einsicht in eine Vielzahl von Personalakten (z.B. wegen einer vermuteten systemischen Benachteiligung), eine in bestimmter Weise anonymisierte Auswertung angefordert werden kann, für die konkrete Einsichtnahme in eine bestimmte Personalakte aber die Zustimmung der betroffenen Beschäftigten erforderlich ist.

Teil 3: Stellungnahme zu Artikel 3 ff.

I. Artikel 3 Änderung des Aktiengesetzes (Aktiengesetz – AktG)

Art. 3 Nr. 1: § 76 Abs. 4 AktG-E

99. § 76 Abs. 4 AktG-E will den Vorstand börsennotierter sowie mitbestimmter Gesellschaften verpflichten, in regelmäßigen Abständen Zielgrößen für den Frauenanteil in der ersten oder zweiten Führungsebene unterhalb des Vorstands festzulegen. Ergänzend dazu sieht Art. 12 des Gesetzentwurfs eine Berichtspflicht über die Einhaltung der festgelegten Zielgrößen und die Gründe einer etwaigen Nichteinhaltung vor. Dabei ist nicht nachvollziehbar, warum § 96 Abs. 2 AktG-E eine Geschlechterquote für Frauen und Männer, § 76 Abs. 4 AktG-E hingegen Zielgrößen nur für den Frauenanteil vorsehen will, mag es zurzeit auch in aller Regel die Frauenquote sein, die verbessert werden muss.

100. Die Regelung soll für den Vorstand börsennotierter oder der Mitbestimmung unterliegender Gesellschaften gelten. Während § 96 Abs. 2 AktG-E eine Geschlechterquote im Aufsichtsrat nur für Gesellschaften einführen will, die sowohl börsennotiert als auch mitbestimmt sind, zieht § 76 Abs. 4 AktG-E den Anwendungsbereich weiter und verlangt die Festlegung einer Frauenquote in den nachgeordneten Führungsebenen für sämtliche Gesellschaften, die entweder börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen; anders als § 96 Abs. 2 AktG-E will § 76 Abs.4 AktG-E dabei auch die Mitbestimmung nach dem DrittelbG genügen lassen. Eine Begründung für diesen weiter gezogenen Anwendungsbereich des Gesetzes wird nicht gegeben. Sie ist auch schwer zu erkennen, vermutlich liegt die Begründung allein darin, dass der Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD (S. 72) die Schaffung einer solchen Regelung vorsieht. Ein sachgerechtes Kriterium für die Abgrenzung ist weder die bloße Börsennotierung (auch Gesellschaften mit einem kleinen Mitarbeiterkreis können börsennotiert sein) noch die Mitbestimmung (warum soll nicht auch eine oHG in der zweiten und dritten Führungsebene die Frauenquote verbessern). Die Einbeziehung drittelmitbestimmter

Gesellschaften führt außerdem zu einer gänzlich sachwidrigen Ungleichbehandlung von Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern, die vor oder nach dem 10. August 1994 eingetragen worden sind: für erstere gilt das DrittelbG und damit auch § 76 Abs. 4 AktG-E, für letztere nicht (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG). Der Gesetzgeber sollte erwägen, den Anwendungsbereich der Regelung nicht nach Börsennotierung oder Mitbestimmung festzulegen, sondern von einer bestimmten Arbeitnehmeranzahl abhängig zu machen. Bleibt es bei der Anknüpfung an die Mitbestimmung sollte redaktionell klargestellt werden, dass mit dem unscharfen Begriff der „Mitbestimmung“ die Mitbestimmung im Aufsichtsrat gemeint ist, nicht die damit gelegentlich verwechselte betriebliche Mitbestimmung.

101. Der Gesetzesentwurf will keine bestimmten Zielgrößen vorschreiben, sondern deren Festlegung dem Vorstand überlassen. Solange der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen „unter 30%“ liegt, sollen die Zielgrößen aber „den jeweils erreichten Anteil“ nicht mehr unterschreiten dürfen; liegt der Frauenanteil über 30%, dürfen künftige Zielgrößen 30% nicht mehr unterschreiten. Oberhalb der 30%-Schwelle soll die Gesellschaft hingegen frei sein, höhere Zielgrößen festzulegen und diese auch wieder zu reduzieren. Die Verwendung der Pluralform und den Zweck der Regelung wird man so verstehen dürfen, dass die Zielgrößen und ihre Erreichung nicht für beide Führungsebenen zusammen, sondern für jede der beiden Führungsebenen gesondert festzulegen und zu messen sind. Der Entwurf sagt jedoch nicht, auf welche Mitarbeiterzahl und auf welchen Stichtag es bei der Ermittlung des „erreichten“ Frauenanteils ankommen soll. Im Interesse einer sachgerechten Regelung muss klargestellt werden, dass zufällige und vorübergehende Fluktuationen im Mitarbeiterstand außer Betracht bleiben und insbesondere nicht die Mindestzielgröße bestimmen dürfen, die künftig nicht mehr unterschritten werden darf. Für die Berechnung des „erreichten“ Anteils muss es also auf die in der jeweiligen Führungsebene „in der Regel“ vorhandene Zahl von Mitarbeitern ankommen; das entspricht den Vorschriften in anderen Gesetzen wie etwa § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG oder § 1 Abs. 1 S. 1 DrittelbG. Darüber hinaus sollte weiter klargestellt werden, dass Stichtag für die Berechnung des „jeweils erreichten“ Frauenanteils der Tag der Festlegung der (neuen) Zielgröße ist. Wenn z.B. im Laufe einer Zielerreichungsperiode vorübergehend eine Quote von 30% erreicht war, diese zum Zeitpunkt der nächsten Zielbestimmung aufgrund von Umstrukturierungen aber wieder auf 20% gesunken

ist, wäre es nicht sachgerecht, die zwischenzeitlich vorübergehend erreichte, aber zum Stichtag nicht mehr aktuelle Quote von 30% als Mindestquote für die Zukunft zu fordern.

102. Mit der Zielgröße sollen Fristen zu ihrer Erreichung festzulegen sein. § 25 EGAktG-E will in diesem Zusammenhang vorsehen, dass die erstmals festzulegende Frist nicht länger als zwei Jahre sein darf (vgl. unten zu Art. 4, Rdn. 132), Folgefristen sollen jeweils nicht länger als drei Jahre sein dürfen (§ 76 Abs. 4 S. 5 AktG-E). Das lässt die Festsetzung kürzerer Fristen ebenso zu wie eine Neufestsetzung der Zielgröße und die Festlegung einer neuen Frist zu einem Zeitpunkt, in dem die zuletzt festgesetzte Frist noch nicht abgelaufen ist. Mit einer neuen Frist muss sich nicht eine neue Zielgröße verbinden, sondern es kann auch die alte Zielgröße beibehalten werden, solange der vor der neuen Zielgrößen- und Fristenbestimmung bereits erreichte Anteil nicht höher ist als der neu festzulegende.

103. Der Entwurf stellt es der Gesellschaft frei, sich auf eine Zielgröße zum Ablauf der gesetzlichen Höchstfrist zu beschränken oder zusätzliche Zielgrößen für Zwischenschritte festzulegen. Nach der Entwurfsbegründung soll es auch möglich sein, eine langfristige Planung durch Festlegung einer Zielgröße, die in drei, vier oder fünf Jahren erreicht werden soll, zugrunde zu legen; es ist dann allerdings nötig, eine erste Zwischenstufe festzulegen, die innerhalb der gesetzlichen Frist von drei (am Anfang zwei) Jahren liegt. Der Gesetzesentwurf verlangt nicht, dass der Vorstand bei der Festlegung der Zielgröße Prozentzahlen wählt. Vielmehr steht es ihm frei, die Zielgröße in Kopfzahlen oder in Vollzeitkräften anzugeben.

104. Auch wenn § 76 Abs. 4 AktG-E keine zwingende, sondern eine flexible Frauenquote vorsieht, verbinden sich mit dem Regelungsvorhaben in der vorliegenden Form erhebliche Zweifel hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit Unions- und Verfassungsrecht; vgl. dazu eingehend oben Rdn. 20 ff.

Art. 3 Nr. 4: § 96 Abs. 2 AktG-E

105. § 96 Abs. 2 AktG-E enthält die zentrale Bestimmung zur Einführung der Frauenquote als Mindestquote im Aufsichtsrat.

104. Die Bestimmung gilt für die Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften, für welche das Mitbestimmungsgesetz, das Montanmitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gilt. Die betroffenen Aufsichtsräte sind also (abgesehen von dem neutralen weiteren Mitglied im Falle des Montanmitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes) paritätisch mit Vertretern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer besetzt. Die für diese Aufsichtsräte vorgesehene 30%-Quote ist nicht nur auf den gesamten Aufsichtsrat bezogen, sondern auch jeweils gesondert auf die Arbeitnehmer- und Anteilseignerbänke. Daraus können sich jedoch für Unternehmen, die der Montanmitbestimmung unterliegen, Differenzen ergeben. Ist bei einem solchen Unternehmen die Frauenquote von 30% sowohl auf der Kapitaleigner- als auch auf der Arbeitnehmerbank exakt erreicht und ist das neutrale weitere Mitglied ein Mann, so ist bezogen auf den Gesamtaufsichtsrat die Mindestquote von 30% nicht erreicht. Nach der Begründung (S. 101 des Entwurfs) soll das neutrale Mitglied bei der Berechnung der Mindestquote nicht zu berücksichtigen sein. Eine entsprechende Bestimmung im Gesetzestext fehlt jedoch. Eine Klarstellung wäre wünschenswert. Diese ist am einfachsten dadurch zu erreichen, dass bereits in § 96 Abs. 2 AktG-E die Mindestquote jeweils (nur) für die Kapitaleigner- und Arbeitnehmerbank gesondert, nicht aber für den gesamten Aufsichtsrat vorgeschrieben wird. Alternativ könnte bestimmt werden, dass es für die Erfüllung der Mindestquote erforderlich und ausreichend ist, dass die Mindestquote sowohl bei der Kapitaleigner- als auch der Arbeitnehmerbank erfüllt wird. Ein entsprechendes Problem ergibt sich für Gesellschaften, die dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterliegen, wenn die Person (das Geschlecht) des Vertreters der leitenden Angestellten nicht in die Berechnung der Gesamtquote der Arbeitnehmerbank einbezogen wird (siehe dazu unten Rdn. 133).

105. Nach ausdrücklicher Bestimmung (§ 96 Abs. 2 S. 3 AktG-E) ist die zur Erfüllung der Mindestquote erforderliche Zahl des unterrepräsentierten Geschlechts jeweils

zur nächsten vollen Personenzahl aufzurunden. Daraus können sich (insbesondere bei den verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmervertretern) Erhöhungen der Quote auf bis zu 50% ergeben. Aber auch auf der Kapitaleignerseite können sich signifikante Erhöhungen ergeben. Bei einem aus 16 Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat, dem also acht Anteilseignervertreter angehören, müssen dem Gremium für die 30% jeweils drei Mitglieder jedes der beiden Geschlechter, also drei von acht oder 37,5% angehören.

106. Da eine Geschlechtsumwandlung heute nicht nur eine theoretische Möglichkeit ist, sondern auch tatsächlich und nicht nur in zu vernachlässigenden Ausnahmefällen stattfindet, sollte klargestellt werden, auf welchen Zeitpunkt es für die Bestimmung des Geschlechts ankommt: auf den der Wahl bzw. Entsendung oder auf den des Amtsbeginns (also bei Ersatzmitgliedern den Zeitpunkt ihres Nachrückens). Außerdem ist zu klären, auf das Geschlecht in welchem Zeitpunkt es für die Erreichung der Mindestquote ankommt, wenn andere Aufsichtsratsmitglieder während einer Amtsperiode ersetzt werden müssen, in welcher ein Aufsichtsratsmitglied sein Geschlecht umgewandelt hat.

107. Nach der Vorschrift ist die Quote für die Aktionärsvertreterbank einheitlich zu erfüllen, ohne weitere Differenzierung nach gewählten und entsandten Mitgliedern. Das ist sachgerecht, weil sich bei einer Aufteilung der Quotenanforderungen auf die gewählten Mitglieder einerseits und die entsandten Mitglieder andererseits weitere Rundungsprobleme ergäben. Jedoch ergeben sich aus der Zusammenzählung der gewählten und der entsandten Mitglieder Probleme, weil die Auswahlmöglichkeiten für diejenigen, die später bestellt werden, durch die geforderte Gesamtquote eingeschränkt werden. Besteht etwa der Aufsichtsrat aus 12 Personen, bestehen Entsendungsrechte für zwei Aktionärsvertreter (ein Drittel von sechs) und wählt die Hauptversammlung zunächst vier männliche Mitglieder, so können die entsendungsberechtigten Aktionäre nur noch Frauen entsenden. Entsenden zunächst die Entsendungsberechtigten zwei Männer, so erhöht sich die Frauenquote unter den von der Hauptversammlung zu wählenden Mitgliedern auf 50%, weil zwei von den noch vier zu wählenden Mitgliedern Frauen sein müssen. Der Entwurf erkennt dieses Problem (S. 102) und schlägt eine Satzungsbestimmung zur Aufteilung der Quoten zwischen den zu wählenden und den zu entsendenden Mitgliedern vor. Ei-

ne solche Regelung würde jedoch das Entsendungsrecht einschränken. Es ist deshalb fraglich, ob eine solche Satzungsregelung ohne Zustimmung der Inhaber jetzt bestehender Entsendungsrechte zulässig wäre. Das Gleiche gilt, wenn die Satzung etwa vorsehen würde, dass die Wahl durch die Hauptversammlung vor der Entsendung stattzufinden hat. Die Schwierigkeiten werden erhöht, wenn Entsendungsrechte für mehrere Aufsichtsratsmitglieder (maximal drei) nicht von ein und demselben, sondern verschiedenen Aktionären gehalten werden.

108. Gedacht werden könnte z.B. an eine gesetzliche Regelung, nach welcher unter zwei oder drei entsandten Mitgliedern jeweils mindestens eine Frau (oder geschlechtsneutral: unter zwei entsandten Mitgliedern eine Frau und ein Mann, unter drei entsandten Mitgliedern jeweils mindestens eine Frau und mindestens ein Mann) sein müssen, während für ein einzelnes zu entsendendes Mitglied keine Vorgaben hinsichtlich des Geschlechts bestehen. Für den Fall, dass Entsendungsrechte von mehreren Aktionären gehalten werden, kann vorgesehen werden, dass die Entsendung insgesamt unwirksam ist, wenn sie diesen Vorgaben nicht entspricht. Mit dieser Maßgabe könnte dann weiter vorgesehen werden, dass die Entsendung vor der Wahl durch die Hauptversammlung stattzufinden hat.

109. Der Entwurf enthält keine ausdrückliche Regelung über die Bestellung von Ersatzmitgliedern. Nach der Begründung (S. 103) soll es darauf ankommen, ob im Zeitpunkt des Nachrückens des Ersatzmitglieds der Geschlechterproporz nicht mehr den Anforderungen des § 96 Abs. 2 AktG-E entspricht; in diesem Fall soll der Beschluss zur Wahl des Ersatzmitglieds „ex tunc“ nichtig sein. Diese Sicht ist nicht zwingend. Näher liegt der Vergleich zu der Situation, in welcher das Ersatzmitglied im Zeitpunkt seines Nachrückens die persönlichen Mandatsvoraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt. Liegen die gesetzlichen Amtsvoraussetzungen im Zeitpunkt des Wegfalls des ursprünglichen Aufsichtsratsmitglieds bei dem Ersatzmitglied nicht vor, so scheitert dessen Nachrücken (Großkommentar AktG/Hopt/Roth, § 101 Rdn. 194).

110. Dies gilt auch für die Anforderungen an das Geschlecht, wenn diese für ein einzelnes Mitglied durch die Quote eindeutig bestimmt sind. Wenn die Zusammensetzung der Anteilseignervertreterbank im Aufsichtsrat die Mindestquote für ein Geschlecht

nur gerade erreicht, wird es sich für die Praxis empfehlen, Ersatzmitglieder jeweils desselben Geschlechts zu bestimmen.

111. Die Anforderungen an eine Geschlechterquote können auch eine gezielte Benachteiligung der Angehörigen des einen oder des anderen Geschlechts erfordern, eben um die Quote zu erreichen. Zu den dadurch aufgeworfenen unions- und verfassungsrechtlichen Fragen vgl. eingehend oben Rdn. 13 ff.

112. Als primäre Sanktion sieht die Vorschrift die Nichtigkeit der unter Verstoß gegen das Mindestquotengebot erfolgten Wahl oder Entsendung vor (§ 96 Abs. 2 S. 4 sowie § 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG-E). Erfolgt – entsprechend Nr. 5.4.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) – die Wahl als Einzelwahl, so verstoßen diejenigen Beschlüsse zur Wahl eines Mitglieds des überrepräsentierten Geschlechts gegen das Gebot der Mindestquote, die ab einem Stadium gefasst werden, zu dem nur noch Personen des anderen Geschlechts gewählt werden können. Das ist konsequent, bedeutet aber letztlich, dass die Reihenfolge der Beschlussverkündung darüber entscheidet, welche Wahl wirksam und welche nichtig ist. Im Falle einer Blockwahl, bei welcher die zur Abstimmung gestellte Liste nicht den Anforderungen entspricht, ist die gesamte Wahl nichtig. Sieht die Satzung dagegen (atypisch aber zulässig) für Aufsichtsratswahlen eine Verhältniswahl vor (welche Minderheitsaktionären die Möglichkeit einer Vertretung im Aufsichtsrat sichert), so fehlt eine Regelung.

113. Die Sanktion der Nichtigkeit der die Quote verletzenden Wahl wird in der Begründung mit dem Terminus „Politik des leeren Stuhls“ paraphrasiert. Da die Mindestquote nur für mitbestimmungspflichtige börsennotierte Gesellschaften gilt, ist dies in der Tat eine gravierende Sanktion, weil sie die Parität im Aufsichtsrat verschiebt. Abhilfe bringt § 104 Abs. 3 Nr. 2 AktG i.V.m. § 104 Abs. 5 AktG-E. Wegen der gravierenden Folgen, die die Nichtigkeit der Wahl auch nur eines Aufsichtsratsmitgliedes für die Wirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen haben kann, werden Vorstand und Aufsichtsrat jedenfalls verpflichtet sein, schnell für Klarheit zu sorgen, durch einen Antrag auf gerichtliche Ergänzung des Aufsichtsrats gemäß § 104 AktG, ggfs. auch durch Feststellungsklage gemäß § 250 Abs. 3 AktG i.V.m. § 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG-E.

114. Bis zur Bestellung durch das Gericht bewirkt die Nichtigkeit der quotenwidrigen Wahl (im Falle der Einzelwahl) freilich nicht die Erfüllung der Quote. Dem Aufsichtsrat mit sechs Aktionärsvertretern müssen auf Aktionärsseite zwei Frauen angehören. Werden in Einzelwahlen sechs Männer gewählt, so führt die Nichtigkeit der letzten zwei Wahlen dazu, dass die Aktionärsbank nur mit vier Mitgliedern besetzt ist: 100% Männer.

115. Unabhängig von der Nichtigkeitsfolge ist im Lagebericht anzugeben, ob die Mindestquote erreicht ist und wenn nicht, weshalb (Art. 13, § 289a Abs. 2 Nr. 5 HGB-E); vgl. dazu unten Rdn. 146.

Art. 3 Nr. 4: § 96 Abs. 3 AktG-E

116. Nach dieser Vorschrift sollen für börsennotierte Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind und bei denen das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan aus derselben Zahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besteht, unter den Anteilseignervertretern die beiden Geschlechter mit jeweils mindestens 30% vertreten sein. Im Gegensatz zu Absatz 2 handelt es sich hier lediglich um eine Soll-Vorschrift. Eine Begründung für die Abweichung von Absatz 2 gibt der Entwurf nicht.

117. Die Sonderregelung soll nur gelten für eine „aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangene“ Gesellschaft. Die Formulierung legt nahe, dass damit nur eine Gesellschaft gemeint ist, die aus einer Verschmelzung zur Neugründung entstanden ist. Das ist aber offenbar nicht gemeint. Die Verschmelzungsrichtlinie (2005/56/EG) verwendet den Terminus „aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft“ im Zusammenhang mit der Mitbestimmung der Arbeitnehmer erkennbar auch für die bei einer Verschmelzung aufnehmende Gesellschaft. Entsprechend verwendet das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (§ 23 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)) diesen Terminus für die durch Verschmelzung zur Neugrün-

dung entstandene oder die aufnehmende Gesellschaft bei einer Verschmelzung zur Aufnahme.

118. Die Notwendigkeit der Sonderregelung für die Anteilseignerbank in dem Fall des Absatz 3 ist für sich selbst nicht einsichtig. Es darf vermutet werden, dass diese Regelung (nur Soll-Vorschrift) deshalb vorgesehen ist, weil für die Arbeitnehmerbank ein strenger Proporz nicht gelten soll: Gemäß Art. 11 Nr. 1 und 2 des Entwurfs ist für den mitbestimmten Aufsichtsrat einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden börsennotierten Gesellschaft nur vorgesehen, dass in der Arbeitnehmerbank die Geschlechter mit einer Quote von mindestens 30% vertreten sein sollen. Diese Beschränkung ist wohl unionsrechtlich vorgegeben; siehe dazu die Anmerkungen zu Artikel 10 (s. unten Rdn. 141). Würde demgegenüber für die Anteilseignerbank eine Mindestquote zwingend vorgegeben, so könnten sich daraus Probleme des Gleichheitssatzes und möglicherweise auch nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts ergeben. Die Beschränkung auf eine Soll-Vorschrift ist deshalb sachgerecht.

119. Wenn die Bestimmung aus den unter (a) genannten Gründen für alle mitbestimmten börsennotierten Gesellschaften gilt, die an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zur Aufnahme als aufnehmende Gesellschaft beteiligt waren, stellt sich die Frage, ob damit der Weg aus der Muss-Vorschrift des Absatz 2 in die Soll-Vorschrift des Absatz 3 allzu leicht eröffnet wird. Unter Berücksichtigung der Überlegungen zu (b) könnte daran gedacht werden, die Erleichterung des Absatz 3 auf die Gesellschaften zu beschränken, bei denen auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gemäß §§ 22, 25 MgVG mindestens ein Mitglied aus anderen EU-Mitgliedstaaten entfällt.

Art. 3 Nr. 5: § 104 AktG-E

120. Nach dieser Vorschrift ist die Ergänzung des Aufsichtsrats durch das Gericht „nach Maßgabe des § 96 Abs. 2 AktG-E vorzunehmen“. Das ist im Grundsatz die zwangsläufige Folge von § 96 Abs. 2 AktG-E. Allerdings ist die Regelung ungenau. Denn § 96 Abs. 2 AktG-E gibt keineswegs für alle Fälle Vorgaben für das Geschlecht des durch Ergänzung des Aufsichtsrats zu bestellenden Mitglieds, nämlich dann nicht, wenn ein Mitglied eines über die Mindestquote hinaus vertretenen Geschlechts ausgeschieden ist. Vorzugswürdig ist deshalb die in der Begründung gewählte Formulierung, wonach das Gericht an § 96 Abs. 2 AktG-E „gebunden ist“.

Art. 3 Nr. 6: § 111 Abs. 5 AktG-E

121. Nach dieser Regelung soll zunächst der Aufsichtsrat von Gesellschaften, die börsennotiert sind und der Mitbestimmung unterliegen, Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils im Vorstand festlegen. Es handelt sich um eine inhaltsgleiche Parallelvorschrift zu § 76 Abs. 4 AktG-E. Insoweit kann auf die Anmerkungen oben Rdn. 97 ff. Bezug genommen werden. Allerdings kann die Erreichung und Beibehaltung einer Geschlechterquote von je mindestens 30% gerade bei kleineren Gesellschaften mit entsprechend kleinen Vorstandsgremien zu einer erheblichen Beschränkung des Ermessens des Aufsichtsrats und der im Unternehmensinteresse gebotenen Auswahl nach Eignungskriterien führen, die schwerer wiegt als die Einschränkung der Auswahlfreiheit durch die parallele Vorschrift für die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands in § 76 Abs. 4 AktG-E. Auch wenn es sich nur um eine rechtlich unverbindliche Zielgröße handelt, würde sich mit der Regelung ein starker faktischer Befolgungsdruck verbinden. Das führt dann wiederum zu der Frage nach der Vereinbarkeit mit den unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. eingehend oben Rdn. 103).

122. Daneben will § 111 Abs. 5 AktG-E den Aufsichtsrat verpflichten, nach dem gleichen Muster Zielgrößen auch für den Frauenanteil im Aufsichtsrat festzulegen. Angesichts der Regelung in § 96 Abs. 2 AktG-E, die eine gesetzlich verbindliche Mindestquote der Geschlechter vorsehen will, sollte auf die zusätzliche Festlegung von Zielgrößen verzichtet werden. Der mit der Regelung angestrebte Gesetzeszweck wird bereits durch die verbindliche Mindestquote nach § 96 Abs. 2 AktG-E erreicht.

Soweit für den Aufsichtsrat die Quote nach § 96 Abs. 2 AktG-E gilt, soll die Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen für den Aufsichtsrat ohnehin nicht mehr bestehen (§ 111 Abs. 5 S. 6 AktG-E), und für die kurze Übergangszeit bis dahin ist die Verpflichtung, Zielgrößen festzulegen, eine regulatorische Übertreibung. Würde es bei der Regelung bleiben, bedürfte es außerdem einer Klarstellung von § 111 Abs. 5 S. 6 AktG-E, nach dessen Formulierung die Verpflichtungen nach Abs. 5 entfallen sollen, „soweit für den Aufsichtsrat bereits eine Quote nach § 96 Abs. 2 gilt“. Die Vorschrift des § 96 Abs. 2 AktG-E soll nach Art. 5 i.V.m. Art. 24 des Entwurfs am Tag nach der Verkündigung in Kraft treten, sie „gilt“ also sofort. Gemeint ist vermutlich, dass die Verpflichtung entfällt, sobald die Quote erreicht ist.

123. Der Regelungsvorschlag berücksichtigt überdies nicht die Besonderheiten der Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Nach § 111 Abs. 5 AktG-E soll „der Aufsichtsrat“ Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils „im Aufsichtsrat“ festlegen. Soweit es um die Besetzung der Arbeitnehmerbank geht, geht eine solche Festsetzung von vornherein ins Leere, da der Aufsichtsrat im Hinblick auf die Wahl der Arbeitnehmervertreter keine Mitwirkungsbefugnisse hat. Auf die Wahl der Anteilseignervertreter nimmt der Aufsichtsrat zwar über sein Vorschlagsrecht nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG Einfluss, gemäß § 124 Abs. 3 S. 5 AktG bedarf der Wahlvorschlag aber nur der Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre. Soll der Aufsichtsrat durch Beschluss Zielgrößen festsetzen, muss, soweit es um die Anteilseignerquote geht, auch für diesen Beschluss § 124 Abs. 3 S. 5 AktG Anwendung finden.

Art. 3 Nr. 7 und Nr. 8: §§ 124 Abs. 3, 127 AktG-E

124. Nach § 124 Abs. 3 S. 4 AktG-E muss in der Einberufung der Hauptversammlung von Gesellschaften, die dem § 96 Abs. 2 AktG-E unterliegen, ein abstrakter Hinweis auf § 96 Abs. 2 AktG-E und eine konkrete Angabe über die Anzahl der von Frauen und Männern zu besetzenden Sitze enthalten sein. Nach § 127 AktG-E gilt entsprechendes für die Angaben des Vorstands, der Wahlvorschläge von Aktionären den Aktionären gemäß § 126 zugänglich macht. Beides ist sachgerecht.

Art. 3 Nr. 9: § 250 AktG-E

125. Die Bestimmungen zur Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern sollen durch eine Nr. 5 ergänzt werden, wonach die Wahl nichtig ist, wenn sie gegen § 96 Abs. 2 AktG-E verstößt. Die Nichtigkeitsfolge ist bereits in § 96 Abs. 2 S. 4 AktG-E vorgesehen. Die Regelung (auch) in § 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG-E ist notwendig, weil ohne sie den Aufbau des § 250 AktG „nur dann nichtig, wenn“ geändert werden müsste. Überdies ist in § 250 AktG geregelt, wer die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit erheben kann. Dass die Nichtigkeitsfolge doppelt angeordnet ist, ist unschädlich.

126. Sachlich ist die Nichtigkeitsfolge die angemessene Sanktion. Unklarheiten über die Voraussetzungen der Nichtigkeit sind kaum vorstellbar. Jedenfalls aber ist die Verwaltung verpflichtet, für schnellstmögliche Klärung zu sorgen (oben Rdn. 103).

II. Artikel 4 – Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz (Einführungsgesetz zum Aktiengesetz – EGAktG)

Art. 4: § 25 EGAktG-E

127. § 76 Abs. 4 und § 111 Abs. 5 AktG-E mit ihrer Verpflichtung zur Festsetzung von Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands, im Vorstand und im Aufsichtsrat sollen nach Art. 24 am Tag nach Verkündung des Gesetzes in Kraft treten. Art. 4 will durch eine ergänzende Regelung in § 25 EGAktG-E anordnen, dass die erstmalige Festlegung der Zielgrößen bis spätestens zum 30. Juni 2015 zu erfolgen haben soll. Abweichend von § 76 Abs. 4 S. 4 und § 111 Abs. 5 S. 4 AktG-E soll bei dieser erstmaligen Festlegung an Stelle der regulären Frist von drei Jahren eine verkürzte Frist von zwei Jahren gelten. Die Gesetzesbegründung verspricht sich davon eine Beschleunigung der Förderung von Frauen in den Führungspositionen. Ob das eine realistische Erwartung ist, mag man bezweifeln; je kürzer die Frist ist, desto zurückhaltender werden die Unternehmen bei Festsetzung einer höheren als der im Zeitpunkt der erstmaligen

Festsetzung ohnehin schon erreichten Quote sein. Vgl. im Übrigen die Anmerkung oben Rdn. 97.

III. Artikel 5 – Weitere Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz

Art. 5 Nr. 1b: § 25 Abs. 2 EGAktG-E

128. Nach dieser Vorschrift soll der mit Art. 4 eingeführte § 25 EGAktG-E um einen zweiten Absatz ergänzt werden, der wie folgt lautet:

> *„(2) Der Mindestanteil von 30% an Frauen und Männern im Aufsichtsrat von § 96 Abs. 2 des Aktiengesetzes ist bei erforderlich werdenden Neuwahlen und Entsendungen zur Besetzung einzelner oder mehrerer Aufsichtsratssitze zu beachten und sukzessive zu steigern. Bestehende Mandate können bis zu ihrem regulären Ende wahrgenommen werden.“*

129. Die Bestimmung ist nur in Verbindung mit Artikel 24 (Inkrafttreten) verständlich. Der geänderte § 25 Abs. 1 EGAktG-E wird bereits durch den am Tage nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft tretenden Artikel 4 eingeführt, während Artikel 5 erst am 01. Januar 2016 in Kraft treten soll.

130. § 25 EGAktG-E enthält eine Kombination von Übergangsregelungen und reinen Sachvorschriften (hinsichtlich des Teils, wonach der Anteil „sukzessive zu steigern“ ist). Zunächst zum Element des Inkrafttretens und der Übergangsregelung: Die Bestimmung, wonach das Gesetz „zu beachten“ ist, ist überflüssig und missglückt. Das Gesetz ist immer zu beachten, und zwingende Vorschriften sind nicht nur zu „beachten“, sondern zu befolgen. Die sachgerechte Regelung bestünde darin, dass § 96 Abs. 2 AktG-E mit Wirkung zum 01. Januar 2016 in Kraft tritt, aber nur für danach erforderlich werdende Neuwahlen oder Entsendungen gilt, mit der Klarstellung (gemäß dem zweiten Satz von § 25 Abs. 2 EGAktG-E), dass am 1. Januar 2016 bestehende Mandate bis zu ihrem regulären Ende wahrgenommen werden können. Letztere Regelung (gilt nur für Entsendungen und Neubestellungen ab 1. Januar

2016, Wahrnehmung bestehender Ämter bis zu ihrem regulären Ende) ist genuiner Inhalt einer Übergangsregelung.

131. Die sachliche Regelung, wonach der Mindestanteil an Frauen und Männern „sukzessive zu steigern“ sein soll, gehört nicht in eine Übergangsregelung wie Artikel 5, sondern würde in das Aktiengesetz gehören. Sie ist aber inhaltlich abzulehnen. Sie steht in Verbindung zu dem in der Begründung genannten Ziel, auf lange Sicht eine paritätische Vertretung beider Geschlechter im Aufsichtsrat zu erreichen. Das ist jedenfalls bei den bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen abzulehnen. Die Regelung geht über die in der Begründung (Seite 49) zitierte Passage aus dem Koalitionsvertrag vom 17. Dezember 2013 hinaus. Sie ist unbestimmt und maßlos, da sie keine Obergrenze setzt, bis zu welcher die Geschlechterquoten „sukzessive zu steigern“ sind. Die Unbestimmtheit führt zwar wohl nicht zur Gefahr der Nichtigkeit von Aufsichtsratswahlen, eröffnet aber das Risiko zahlloser Anfechtungsklagen mit der Begründung, die gesetzlich vorgesehene Steigerung sei nicht erfolgt.

IV. Artikel 8 – Änderung des Mitbestimmungsgesetzes (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG)

Art. 8 Nr. 4: § 17 Abs. 3 MitbestG-E

132. Nach der vorgesehenen Regelung ist das Nachrücken eines Ersatzmitglieds ausgeschlossen, wenn dadurch das Verhältnis von Frauen und Männern unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer nicht mehr den gesetzlichen Vorgaben entsprechen würde. Mit dieser Regelung wird das vom Ausschluss betroffene Ersatzmitglied aus Gründen seines Geschlechts benachteiligt; dies könnte gegen Unions- und Verfassungsrecht verstoßen (siehe dazu näher oben Rdn. 132 ff.). Die durch den Ausschluss eintretende Vakanz im Aufsichtsrat soll durch gerichtliche Ersatzbestellung nach § 104 AktG oder Nachwahl ausgeglichen werden. Zu den Schwierigkeiten, die sich dabei ergeben können, siehe unten Rdn. 136 ff.

Art. 8 Nr. 5: § 18a MitbestG-E

133. Der in § 96 Abs. 2 S. 2 AktG-E niedergelegte Grundsatz, wonach die Geschlechterquote von mindestens 30% auf Seiten der Aktionärsvertreter und der Arbeitnehmervertreter gesondert zu erfüllen ist, wird in § 18a Abs. 1 MitbestG-E für die Arbeitnehmerbank weiter aufgegliedert. Danach wird das Erreichen des erforderlichen Anteils von 2 oder 3 Frauen bzw. Männern im mitbestimmten Aufsichtsrat auf die Gruppe der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter ohne den leitenden Angestellten und die Gruppe der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat im Verhältnis 1:1 bzw. 2:1 aufgeteilt. Der leitende Angestellte bleibt dabei unberücksichtigt, weil es sich nur um eine Person handelt und damit eine Quotierung ausscheidet (Begründung Referentenentwurf, S. 113). Nach § 96 Abs. 2 S. 2 AktG-E bezieht sich die Geschlechterquote von mindestens 30% jedoch auf die gesamte Arbeitnehmerbank. Gehört der leitende Angestellte dem unterrepräsentierten Geschlecht an, muss dies danach bei der Quotenerfüllung berücksichtigt werden. Andernfalls würde der leitende Angestellte wie das neutrale Mitglied in der Montan-Mitbestimmung behandelt, eine Einordnung, die sicher nicht sachgerecht wäre. Der Gesetzgeber sollte deshalb eine Regelung treffen, nach der das Geschlecht des/der leitenden Angestellten auf die Erfüllung der Geschlechterquote auf Seiten der unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter angerechnet wird.

134. Führt die Wahl der Arbeitnehmervertreter nicht zu der vorgegebenen Quotenverteilung, soll die Wahl der Bewerber, die das „falsche“ Geschlecht haben, unwirksam sein. Die betroffenen Plätze sollen dann im Wege der gerichtlichen Ersatzbestellung (§ 104 AktG) oder der Nachwahl mit Personen des „richtigen“ Geschlechts besetzt werden. Auch diese Unwirksamkeit stellt eine Benachteiligung auf Grund des Geschlechts dar, die unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist; vgl. dazu eingehend oben Rdn. 13 ff.

135. Dabei ist vor allem zweifelhaft, ob die Einschränkung der Wahlfreiheit der Arbeitnehmer durch die Anordnung der Unwirksamkeit bestimmter Wahlergebnisse dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. Dies wäre der Fall, wenn diese Regelung

das angemessene Mittel wäre, um die Gleichstellung der Geschlechter in den Aufsichtsräten zu erreichen. Dies ist aber schon deshalb zweifelhaft, weil die Gleichstellung der Geschlechter im Aufsichtsrat nicht Zweck der Aufsichtsratswahl ist. Ziel dieser Wahl ist vielmehr, die Vertretung der Aktionäre und der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat entsprechend ihrem Willen sicherzustellen.

136. Bedenken bestehen auch hinsichtlich der Regelung, mit der eine für unwirksam erklärte Wahl durch eine „richtige“ Wahl ersetzt werden soll. Da eine Nachwahl zu aufwändig wäre, wird zur Besetzung des „leeren Stuhls“ regelmäßig eine gerichtliche Bestellung gemäß § 104 AktG erforderlich sein. Damit wird die Funktion dieser Vorschrift erheblich ausgeweitet. Nach der bisherigen Konzeption des § 104 AktG ist die gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern auf Ausnahmesituationen beschränkt, bei denen es um die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats, insbesondere seine Beschlussfähigkeit und die Wahrung der Parität, geht. Gerichtliche Ersatzbestellungen von Aufsichtsratsmitgliedern erfolgen daher auf Seiten der Anteilseignervertreter regelmäßig nur vorübergehend bis zur nächsten Hauptversammlung (vgl. auch Ziff. 5.4.3 S. 2 DCGK). Die Ersatzbestellung von Arbeitnehmervertretern mit dem „richtigen“ Geschlecht soll dagegen für die gesamte Amtsperiode gelten (vgl. Begründung Referentenentwurf, S. 113 f.).

137. Bei der Besetzung des „leeren Stuhls“ durch das Gericht wird auch nicht berücksichtigt, dass es im Einzelfall auf Grund der Zusammensetzung der Belegschaft schwierig sein kann, genügend qualifizierte Bewerber des „richtigen“ Geschlechts zu finden. Solche Schwierigkeiten können dazu führen, dass die Arbeitnehmerbank teilweise unbesetzt bleibt oder dass Personen bestellt werden, die als „Notlösung“ zu betrachten sind. Dabei kommt es eigentlich darauf an, dass der Aufsichtsrat so zusammenzusetzen ist, dass seine Mitglieder insgesamt über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen hat (Ziff. 5.4.1 DCGK). Bei den Aufsichtsratsmitgliedern von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen sind zudem weitere Anforderungen zu beachten. Diese Aufsichtsratsmitglieder müssen insbesondere zuverlässig sein, die erforderliche Sachkunde besitzen und ausreichend Zeit für ihre Aufgabe haben (§§ 25d Abs. 2 S. 1 KWG, 7a Abs. 4 VAG).

138. Die gerichtliche Ersatzbestellung kann damit leicht zu einer Überforderung des Gerichts führen, das nach der Konzeption des § 104 AktG eigentlich frei entscheiden soll. Bei der Bestellung von Arbeitnehmervertretern aus dem Unternehmen wird das Gericht praktisch jedoch nur auf der Grundlage von Vorschlägen aus dem Unternehmen entscheiden können. Von wem diese Vorschläge kommen sollen, lässt der Gesetzentwurf offen. Nach der Begründung (S. 114) soll das Gericht zwar Vorschläge der Gewerkschaften und Betriebsräte berücksichtigen (vgl. auch § 104 Abs. 4 S. 4 AktG). Dieser Hinweis passt aber nur für die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat (vgl. § 16 Abs. 2 MitbestG) und für die Bestellung von Arbeitnehmervertretern in den Montanindustrie (§ 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG). Bei der Bestellung unternehmensangehöriger Aufsichtsratsmitglieder, d.h. der Gruppe, bei der am ehesten Schwierigkeiten auftreten können, liegt das Vorschlagsrecht allein bei der Belegschaft. Von dieser ist angesichts des erforderlichen Unterschriftenquorums von einem Fünftel oder 100 der wahlberechtigten Arbeitnehmer von vornherein kein Vorschlag zu erwarten (vgl. § 15 Abs. 2 Nr. 1 MitbestG und § 10c Abs. 2 MitbestErgG). Damit bleibt unklar, auf Grund welcher Vorschläge das Gericht in diesen Fällen entscheiden soll.

139. Soweit schon auf Grund der Zusammensetzung der Belegschaft damit zu rechnen ist, dass sich nicht genügend Bewerber des „richtigen“ Geschlechts finden werden, sollte erwogen werden, die derzeit vorgesehene Regelung durch eine Ausnahmevorschrift abzumildern. So könnte z.B. eine Korrektur des Wahlergebnisses durch gerichtliche Ersatzbestellung von vornherein unterbleiben, wenn das unterrepräsentierte Geschlecht im Zeitpunkt der Wahl mit weniger als 10% in der Belegschaft vertreten ist. Eine solche Ausnahmeregelung sieht der Vorschlag der EU-Kommission für eine „Richtlinie zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen“ vom 14. November 2012 vor (vgl. dort Art. 4 Abs. 6). Die entsprechende Regelung würde nur die Besetzung der Arbeitnehmerbank erleichtern, an der Einhaltung der Quote auf Seiten der Anteilseignervertreter jedoch nichts ändern. Die darin liegende Ungleichbehandlung dürfte wegen der unterschiedlichen Ausgangslage sachlich gerechtfertigt sein.

Art. 8 Nr. 8: § 40 Abs. 2 MitbestG-E

140. Die neuen Regeln für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates sollen auf alle Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer anwendbar sein, die „bis zum 31. Dezember 2015 nicht abgeschlossen sind“. Diese Regelung kann zu erheblichen praktischen Problemen führen. Die Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, für die neben dem MitbestG noch die umfangreichen Wahlordnungen gelten, dauern in der Regel mehrere Monate (vgl. Begründung Referentenentwurf, S. 52). Wird eine solche Wahl z.B. im Sommer 2015 eingeleitet, kann es vorkommen, dass sie wider Erwarten bis Dezember 2015 nicht abgeschlossen wird. In einem solchen Fall würden nach der vorgesehenen Übergangsregelung die neuen Vorschriften rückwirkend für das ganze Verfahren gelten. Die bereits abgeschlossenen Verfahrensteile müssen dann unter Umständen noch einmal in geänderter Form (z.B. hinsichtlich der Wahlvorschläge) neu durchgeführt werden, was zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen kann. Deshalb wäre es sachgerechter, die Anwendung der neuen Vorschriften erst für die Verfahren vorzusehen, die „nach dem 01. Januar 2016 beginnen“. Eine solche Regelung würde den betroffenen Gesellschaften eine sichere Planung ihrer Wahlverfahren ermöglichen.

V. Artikel 10 – Änderung des SE-Beteiligungsgesetzes (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG)

141. Mit der Änderung der §§ 21, 36 SEBG soll erreicht werden, dass die Geschlechterquote von 30% auch für die Arbeitnehmervertretung in den paritätisch besetzten Aufsichts- oder Verwaltungsräten börsennotierter SE gilt. Dazu sieht das Gesetz allerdings nur eine „Soll“-Vorschrift vor. Dies beruht darauf, dass die in §§ 21, 36 SEBG vorgesehene Sitzverteilung nach dem Verhältnis der Arbeitnehmer aus den beteiligten Mitgliedstaaten zu erfolgen hat. Die Verbindung dieser Sitzverteilung mit einer Geschlechterquote ist schwierig, so dass die Beschränkung auf eine „Soll“-Vorschrift nachvollziehbar ist. Allerdings bedeutet diese Regelung, die mit keiner Sanktion versehen ist und damit lediglich Appell-Charakter hat, eine erhebliche Erleichterung gegenüber allen anderen Gesellschaften, für welche die Geschlechter-

quote zwingend gilt. Diese Erleichterung beruht auf der Besonderheit, dass die Mitbestimmung bei der SE nicht gesetzlich geregelt, sondern Gegenstand von Verhandlungen zwischen dem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer und der Leitung der SE ist. Sie ist von daher gerechtfertigt.

VI. Artikel 11 – Änderung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)

142. Mit der Änderung der §§ 22, 25 MgVG soll erreicht werden, dass die Geschlechterquote von 30% auch für die Arbeitnehmervertretung in den paritätisch besetzten Aufsichts- oder Verwaltungsräten börsennotierter Gesellschaften gilt, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind. Bei diesen hat die Sitzverteilung – wie bei der SE – in erster Linie nach dem Verhältnis der Arbeitnehmer in den beteiligten Mitgliedstaaten zu erfolgen. Die Regelung sieht daher nur eine „Soll"-Vorschrift ohne Sanktion vor. Aus der Sicht der Gesellschaften mit zwingender Quote stellt dies eine erhebliche Erleichterung und Ungleichbehandlung dar, die jedoch sachlich gerechtfertigt ist (vgl. auch Rdn. 141).

VII. Artikel 12 – Änderung des Handelsgesetzbuches (Handelsgesetzbuch – HGB)

Art. 12 Nr. 1: § 289a HGB-E

143. a) Nach § 289a Abs. 2 Nr. 4 HGB-E sollen bei börsennotierten Aktiengesellschaften in die Erklärung zur Unternehmensführung künftig auch die Festlegungen zu den Zielgrößen der Frauenquote in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands (§ 76 Abs. 4 AktG-E) sowie im Vorstand und im Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 5 AktG-E) aufgenommen werden. Die Angabe der Zielgrößen soll ergänzt werden um die Angabe, ob die festgelegten Zielgrößen im Bezugszeitraum eingehalten worden sind; wenn das nicht der Fall ist, sollen die Gründe der Nichteinhaltung genannt werden. Das ist, wenn man die Festsetzung solcher Zielgrößen vorschreibt, naheliegend, wenngleich die allgemeine Tendenz des Gesetzgebers, immer neue

Berichtspflichten vorzuschreiben, eher kritisch zu sehen ist. Die Angabe, ob die festgelegten Zielgrößen „im Bezugszeitraum“ eingehalten worden sind, lässt sich allerdings erst machen, wenn der Bezugszeitraum von drei (anfänglich zwei) Jahren abgelaufen ist. § 289a Abs. 2 Nr. 4 AktG-E sieht demgegenüber eine jährliche Angabe vor. Es sollte zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass die jährliche Angabe sich auf die Nennung der Zielgröße beschränken kann und Angaben zum Umsetzungsstand erst nach Ablauf des Bezugszeitraums erforderlich sind. Ein jährlicher „Wasserstandsbericht“ ist wenig sinnvoll.

144. b) Da die Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB bislang nur durch börsennotierte Aktiengesellschaften zu machen ist, will § 289a Abs. 3 HGB-E die gesamte Erklärungspflicht nach § 289a Abs. 1 und 2 AktG künftig auch auf börsennotierte Kommanditgesellschaften auf Aktien erstrecken. Diese Erstreckung beschränkt sich nicht auf die Erklärung zu den Zielgrößen der Frauenquote sondern erfasst auch die anderen Inhalte der Erklärung. Das ist eine ohnehin sinnvolle Ergänzung der Regelung.

145. c) Schließlich sieht § 289a Abs. 4 HGB-E vor, auch die nicht börsennotierten Gesellschaften, die künftig Zielgrößen für die Frauenquote sollen festlegen müssen, zur Publizierung ihrer Zielgrößen und zu einer Erklärung über deren Einhaltung und die Gründe für eine etwaige Verfehlung zu verpflichten. Das soll für Gesellschaften, die einen Lagebericht zu veröffentlichen haben in einem gesonderten Abschnitt des Lageberichts oder auf der Internetseite mit Bezugnahme im Lagebericht und für andere Gesellschaften auf der Internetseite geschehen. Auch das ist folgerichtig.

VIII. Artikel 13 – Weitere Änderung des Handelsgesetzbuchs

146. Nach dieser Regelung soll (mit Wirkung vom 1. Januar 2016, Art. 24 Abs. 1) dem § 289a HGB ein weiterer Absatz hinzugefügt werden, wonach bei börsennotierten Aktiengesellschaften, die den § 96 Abs. 2 AktG-E einzuhalten haben, anzugeben ist, ob der Mindestanteil eingehalten worden ist und, wenn nicht, Angaben zu den Gründen. Gegen diese Vorschrift ist nichts Grundsätzliches einzuwenden, es stellt sich aber die Frage, ob eine solche weitere Berichtspflicht wirklich nötig ist. Abge-

sehen von der Übergangszeit bis zum Auslaufen von Ämtern, die am 1. Januar 2016 bestanden und Fällen vorübergehender Vakanzen aufgrund vorzeitigen Ausscheidens von Aufsichtsratsmitgliedern, wird es Fälle der Nichtbeachtung des § 96 Abs. 2 AktG-E kaum geben, weil eben wegen der Nichtigkeit einer gegen die zwingenden Quoten verstoßenden Wahl das Gericht die entsprechende Ergänzung vornehmen wird. Auffallend ist, dass § 96 Abs. 3 AktG-E nicht herangezogen ist. Da es sich hier um eine Soll-Vorschrift handelt, sind Unterschreitungen dieser Soll-Quote ohne weiteres denkbar. Wenn es bei der Berichtspflicht im Hinblick auf § 96 Abs. 2 AktG-E bleibt, sollte geprüft werden, ob auch im Hinblick auf § 96 Abs. 3 AktG-E eine Angabe im Lagebericht sachgerecht ist.

IX. Artikel 14 – Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch (Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch – EGHGB)

147. Die neue Erklärung über die festgelegten Zielgrößen und ihre Einhaltung nach § 289a Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 und 4 HGB-E und § 336 Abs. 2 S. 1 HGB-E soll erstmals auf Jahresabschlüsse anzuwenden sein, die sich auf Geschäftsjahre mit einem nach dem 30. Juni 2015 liegenden Abschlussstichtag beziehen (der Entwurf nennt irrtümlich den 31. Juni 2015). Das ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Veröffentlichung der Zielgrößen erstmals bis spätestens 30. Juni 2015 erfolgen sollen (Art. 4 - § 25 EG AktG; vgl. oben Rdn. 127). Es ist insoweit folgerichtig, die Publikation der Zielgrößen erstmals für das Geschäftsjahr vorzuschreiben, das nach dem 30. Juni 2015 endet.

X. Artikel 16 – Änderung des SE-Ausführungsgesetzes (SE-Ausführungsgesetz – SEAG)

148. Die vorgesehenen Neuregelungen in § 17 Abs. 2 und § 24 Abs. 3 SEAG-E wollen für den Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat einer börsennotierten AG eine 30%-Geschlechterquote für Frauen und Männer als „Soll"-Bestimmung einführen. Die Beschränkung auf eine bloße Soll-Vorschrift ist der für die Arbeitnehmerseite vorgesehenen Parallelregelung in Art. 10 des Entwurfs geschuldet, vgl. oben Rdn. 141.

XI. Artikel 17 – Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG)

Art. 17 Nr. 1: § 36 GmbHG-E

149. Es handelt sich um die Parallelvorschrift zu § 76 Abs. 4 AktG-E. Insoweit kann zunächst auf die Anmerkungen oben Rdn. 97 ff. Bezug genommen werden. Anders als im Aktienrecht stellt sich im GmbH-Recht allerdings die Frage, ob es richtig ist, dass die Zielgrößen für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer durch die Geschäftsführer allein festgelegt werden sollen. An-

gesichts der Zuständigkeit der GmbH-Gesellschafterversammlung für wesentliche Geschäftsführungsmaßnahmen, zu denen gemäß § 46 Nr. 7 GmbHG selbst die Bestellung von Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten zählt, können auch die Festlegungen nach § 36 GmbHG-E nicht ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung erfolgen. § 46 GmbHG sollte deshalb um eine Verweisung auf § 36 GmbHG-E ergänzt werden.

Art. 17 Nr. 2: § 52 Abs. 4 GmbHG-E

150. Hier handelt es sich um die Parallelvorschrift zu § 111 Abs. 5 AktG-E. Der Aufsichtsrat einer mitbestimmten GmbH soll nach dem Vorbild des § 111 Abs. 5 AktG-E verpflichtet sein, Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat und in der Geschäftsführung (der Entwurf spricht irrtümlich vom „Vorstand“) festzulegen. Für diese Regelungen gelten zunächst im Wesentlichen die gleichen Anmerkungen wie zu § 111 Abs. 5 AktG-E; vgl. insoweit oben Rdn. 121 ff. Der Gesetzentwurf übersieht außerdem grundlegende Unterschiede zwischen den Zuständigkeiten des Aufsichtsrats in der AG und in der GmbH. Der drittelmitbestimmte Aufsichtsrat der GmbH hat mit der Bestellung der Geschäftsführer nichts zu tun, sondern diese bleibt allein Sache der Gesellschafterversammlung; insoweit passt es von vorneherein nicht, wenn der Aufsichtsrat einer drittelmitbestimmten GmbH Zielgrößen für den Frauenanteil unter den Geschäftsführern festsetzen soll. Ähnliches gilt für die Bestimmung von Zielgrößen für die Frauenquote im Aufsichtsrat. Der mitbestimmte Aufsichtsrat der GmbH hat im Hinblick auf seine eigene Besetzung keine Kompetenzen. Anders als im Aktienrecht (§ 124 Abs. 3 S. 1 AktG) hat er auch nicht die Kompetenz, der Gesellschafterversammlung Wahlvorschläge zu unterbreiten, denn § 124 Abs. 3 S. 1 AktG gilt für die mitbestimmte GmbH nicht (vgl. §§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG, 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG). Die Regelung des § 52 Abs. 4 GmbHG-E geht daher ins Leere.

XII. Artikel 19 – Änderung des Genossenschaftsgesetzes (Genossenschaftsgesetz – GenG)

Art. 19 Nr. 2: § 9 Abs. 3 u. 4 GenG-E

151. § 9 Abs. 3 GenG-E ist die Parallelvorschrift zu § 76 Abs. 4 AktG-E und will den Vorstand einer mitbestimmten Genossenschaft zur Festlegung von Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands verpflichten. Insoweit gelten die Anmerkungen zu § 76 Abs. 4 AktG-E im Wesentlichen entsprechend (vgl. oben Rdn. 97 ff.).

152. § 9 Abs. 4 GenG-E ist eine Parallelvorschrift zu § 111 Abs. 5 AktG-E und will wie jene Vorschrift eine Verpflichtung des Aufsichtsrats begründen, für die Erhöhung des Frauenanteils im Vorstand und im Aufsichtsrat Zielgrößen festzulegen. Wie bei Art. 17 Nr. 2 (oben Rdn. 150) wird auch hier für die drittelmitbestimmte Genossenschaft übersehen, dass für die Bestellung der Vorstandsmitglieder nicht der Aufsichtsrat, sondern die Generalversammlung zuständig ist (§§ 24 Abs. 2 S. 1 GenG, 1 Abs. 1 Nr. 5 DrittelbG); insoweit passt es nicht, den Aufsichtsrat, der im Hinblick auf die Vorstandsbestellung keine Kompetenzen hat, zur Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil im Vorstand zu verpflichten. Darüber hinaus gilt auch für den Aufsichtsrat der Genossenschaft, dass dieser keine Mitwirkungsrechte im Hinblick auf die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite hat. Auch das Genossenschafts-recht kennt keine dem § 124 Abs. 3 S. 1 AktG entsprechende Vorschrift, die den Aufsichtsrat verpflichten würde, Wahlvorschläge an die Generalversammlung zu unterbreiten; auch die Mitbestimmungsgesetze sehen solche Verpflichtungen für den genossenschaftlichen Aufsichtsrat nicht vor (§§ 1 Abs. 1 Nr. 5 DrittelBG, 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MitbestG).